IST ARTIKEL 85 DES EWG-VERTRAGES EIN SCHUTZGESETZ I.S. DES § 823 ABS. 2 BGB?

ERIK VON BONIN

1970

IST ARTIKEL 85 DES EWG-VERTRAGES EIN SCHUTZGESETZ i.S. DES § 823 ABS. 2 BGB ?

Inauguraldissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität des Saarlandes

vorgelegt von
Erik von Bonin
Assessor aus München

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 9.2.1970
Amtierender Dekan : Prof. Dr. Herbert Hax
Erstberichterstatter : Prof. Dr. Josef Wolany
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Bernhard Aubin

Meiner Mutter

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	
Einführung	1
1. KAPITEL Der Begriff des Schutzgesetzes i.S. des § 823 Abs. 2 BGB	4
1. Die Definition des Schutzgesetzes in der Literatur und Rechtsprechung	4
2. Die Methoden zur Ermittlung der Schutzgesetzeigenschaft einer Norm	13
21. Inhalt und Zweck der Norm	13
3. Die Schutzgesetzproblematik im deutschen GWB	18
2. KAPITEL Die Schutzgesetzproblematik des Art. 85 EWGV	24
1. Abschnitt Die Geltung des EWG-Rechts im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB und die Normqualität des Art. 85 EWGV	
1. Die Geltung des EWG-Rechts im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB	
2. Die Normqualität des Art. 85 EWGV	25
2. Abschnitt Schutzgegenstand und Schutzzweck des Art. 85 EWGV	
1. Die Aufgabe der EWG und der Auftrag des Art. 85 EWGV im Rahmen des Gemeinschaftsrechts	27

Seite

2. Der Inhalt der Verbotsvorschrift des Art. 85 Abs. 1 EWGV 29
21. Der Verbotsgegenstand 29
211. Das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung 30
212. Das Merkmal der Wettbewerbsverhinderung, -einschränkung und -verfälschung (Wettbewerbsbeschränkung) 32
22. Der Handlungsgegenstand 32
23. Der Schutzgegenstand 33
231. Der Stand der Meinungen in der Literatur 33
232. Stellungnahme zu den bestehenden Ansichten 35
2321. Der Schutz des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs 35
23211. Zur Auslegung des Wortes "beeinträchtigen" 38
23212. Die eigenständige Funktion des zwischenstaatlichen Handels gegenüber dem Wettbewerb 50
2322. Der Schutz des Wettbewerbs 52
2323. Der Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit 54
23231. Allgemeine Bemerkungen 54
23232. Die Argumente für den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit 55
23233. Stellungnahme zu den einzelnen Argumenten 56
24. Der Schutzzweck 78
241. Die Auffassungen in der Literatur 78
2411. Allgemeine Bemerkungen 78

Seite

2412. Der Schutz des Wettbewerbs als Institution im ausschließlichen Interesse der Allgemeinheit 78

2413. Der Schutz des zwischenstaatlichen Handels im Interesse der Allgemeinheit 81

242. Der Schutz des Gemeinsamen Marktes als Zweck des Art. 85 Abs. 1 81

2421. Die Bedeutung des Begriffs des Gemeinsamen Marktes im EWGV 81

24211. Der Gemeinsame Markt als geographischer Begriff 82

24213. Der Gemeinsame Markt als Bezugspunkt der materiellen Vertragsvorschriften 84

24214. Der Gemeinsame Markt als wirtschaftsrechtliche Institution des EWGV 86

2422. Der Schutz des Gemeinsamen Marktes als Zweck des Art. 85 Abs. 1 89

2423. Der Gemeinsame Markt als eine Institution im Interesse der einzelnen Wirtschaftssubjekte oder der Mitgliedstaaten? 94

24231. Problemstellung 94

24232. Der Gemeinsame Markt als Institution im Interesse der Mitgliedstaaten 96

242321. Die Institution als ein von den Individuen abstrahierter Wert 96

242322. Das Merkmal "gemeinsam" in dem Begriff des Gemeinsamen Marktes 97

Seite

2433. Die Einzelnen als Rechtssubjekte der EWG-Vertragsordnung 99

242331. Allgemeine Bemerkungen 99

242332. Die Tragweite der Rechtsprechung des EuGH und ihre Bedeutung für die Schutzgesetzfrage zu Art. 85 Abs. 1 100

243. Die Bedeutung der Institution des Gemeinsamen Marktes für die Gesamtheit der Staatsbürger der Mitgliedstaaten 105

3. Abschnitt

Die Bedeutung des Art. 85 Abs. 3 für die Schutzzweckermittlung 107

1. Allgemeine Bemerkungen 107

2. Die Lehre von dem Erlaubnisvorbehalt und der Schutzzweck des Art. 85 Abs. 1 107

21. Das Verhältnis zwischen Individualschutz und dem Rechtsschutz der Individuen gegen Freistellungsakte der Kommission 107

3. Der materielle Gehalt des Art. 85 Abs. 3 und seine Bedeutung für die Zweckinterpretation 118

31. Die Kriterien der Verbesserung der Warenzeugung oder -verteilung 119

32. Die Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts 120

33. Das Kriterium der Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn 120

34. Die Kriterien der Unerläßlichkeit und der Wettbewerbsausschaltung 122

341. Das Kriterium der Unerläßlichkeit 122

342. Das Kriterium der Wettbewerbsausschaltung 122

Seite

4. Abschnitt
Die Bedeutung des Beispielkatalogs des Art. 85 Abs. 1 für die Schutzzweckermittlung 125

1. Allgemeine Bemerkungen 125

2. Die kasuistische Betrachtungsweise 126

3. Art. 85 Abs. 1 als Mehrheit von Verbotsvorschriften mit unterschiedlichem Schutzzweck 128

Schlußbemerkung 131

Literaturverzeichnis I

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O	am angegebenen Ort
AblEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Arch.f.Bürg.R.	Archiv für Bürgerliches Recht (Zeitschrift)
A.ö.R.	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AWD	Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Zeitschrift)
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
A.T.	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BTDrucks.	Bundestagsdrucksache
CDE	Cahiers de Droit Européen
Diss.	Dissertation
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaf
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 1.1.1958, abgedruckt in Sartorius, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Bd. II, Europa-Recht
FIW-Schriftenreihe	Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. Köln
Fn	Fußnote
GA	Generalanwalt beim EuGH
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR AIT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h.M.	herrschende Meinung
i.S.	im Sinn
i.Verb.	in Verbindung
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kom.	Kommentar
LG	Landgericht
lit.	litera
MA	Der Markenartikel (Zeitschrift)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MV	Montan-Vertrag = Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 23.7.1952, abgedruckt in: Sartorius, Verfassungsverwaltungsgesetze, Bd. II, Europa-Recht.

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
RMC	Revue du Marché Commun
Rpsr.	Rechtsprechung
RsprGH	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
Sp.	Spalte
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
WuR	Wirtschaft und Recht (Zeitschrift)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert

Einführung

In Ausführung des Programmsatzes des Art. 3 lit. f enthält Kapitel 1 des dritten Teils des EWG-Vertrages ein System von Rechtsvorschriften, die sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen und den Mißbrauch wirtschaftlicher Macht richten.

Im Rahmen dieses Systems fällt Art. 85 die Aufgabe zu, Verhaltensweisen von Unternehmen, die zu Verhinderungen, Einschränkungen und Verfälschungen des Wettbewerbs führen können oder tatsächlich führen, im Abs. 1 generell zu verbieten.

Zur Durchsetzung des in Art. 85 Abs. 1 EWGV enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungsverbots wird in Art. 85 Abs. 2 die Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Abreden ausgesprochen. Neben dieser zivilrechtlichen Sanktion wurde durch die Verordnung Nr. 17 der EWG-Kommission eine Handhabe gegeben, durch Festsetzung verwaltungsrechtlicher Sanktionen i.S. der Art. 15 und 16 der genannten Verordnung die Durchsetzbarkeit der EWG-Wettbewerbsregeln zu steigern.

In diesem Sanktionssystem fehlt jedoch jeglicher Hinweis auf Schadensersatzansprüche derjenigen natürlichen und juristischen Personen, die, in der Rolle als Abnehmer, Lieferanten oder Mitbewerber, durch die Mißachtung der gesetzten Wettbewerbsordnung seitens bestimmter Unternehmen Nachteile erleiden.

Es stellte sich daher sehr bald die Frage, ob damit endgültig von der Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen bei Wettbewerbsverstößen abgesehen werden oder die Regelung einem zukünftigen Rechtsetzungsakt der Gemeinschaft überlassen werden sollte, oder aber ein Schadensersatzanspruch aus einer Verbindung des Gemeinschaftsrechts mit nationalem Haftungsbestimmungen abzuleiten wäre, und Verstöße gegen das EWG-Wettbewerbsrecht als innerhalb des nationalen Rechtsbereichs geltendes Recht auf diese Weise geahndet werden könnte.

Da die Gewährung von Schadensersatzansprüchen aus einigen rechtspolitischen Gründen für nützlich gehalten wurde und eine Regelung der Schadensersatzfrage durch gemeinschaftsrechtliche Normen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten war, setzten sich in der Literatur einige Autoren für die letzgenannte Lösung ein.

Für eine Verbindung der gemeinschaftsrechtlichen Norm des Art. 85 mit nationalen Haftungsbestimmungen bot sich in der deutschen Rechtsordnung insbesondere § 1 UWG und die Quasi-Deliktsvorschrift des § 823 BGB an. § 1 UWG gewährt jedoch im Fall eines bewußten und planmäßigen Verstoßes gegen ein Gesetz - hier des Art. 85 EWGV - nur für den engen Kreis der (geschädigten) Mitbewerber einen Schadensersatzanspruch. Demgegenüber erlaubt die weit gefaßte Haftungsvoraussetzung des § 823 Abs. 2 BGB eine Ausdehnung der Schadensersatzansprüche auf all die Personen, die durch die Verletzung einer zu ihrem Schutz erlassenen Vorschrift geschädigt werden. Dies könnte bei Wettbewerbsschutzbestimmungen der große Kreis der Marktteilnehmer als Mitbewerber aber auch als Lieferanten oder Abnehmer sein. An § 823 Abs. 2 BGB wurde daher bisher auch vorwiegend von den Autoren angeknüpft, die sich für einen Schadensersatzanspruch bei Verletzung von EWG-Wettbewerbsvorschriften aussprechen.

Entsprechend der von § 823 Abs. 2 BGB gewiesenen Richtung wurde zur Ermittlung des Schutzgesetzcharakters der Art. 85 (und 86 EWGV) auf dessen Schutzzweck abgestellt. Von den Befürwortern des Schutzgesetzcharakters wurde der Zweck des Art. 85 in der Erhaltung des Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Einzelnen gesehen.

Bedenklich an dieser Auffassung stimmt jedoch insbesondere, daß von ihren Vertretern eine detaillierte Untersuchung des Norminhalts, der systematischen Stellung der Norm, des Vertragsganzen und der Entstehungs-

geschichte nicht vorgenommen wurde. Nur diese Bestimmungsmittel ergeben jedoch ein eindeutiges und überprüfbares Ergebnis hinsichtlich des Schutzzwecks einer Norm.

In dieser Arbeit wird diesen Bestimmungsmitteln mehr Gewicht beigemessen werden und damit der Anspruch erhoben, dem Inhalt und Zweck der Vorschrift und des Vertragsganzen samt seiner ihm typischen Eigenheiten und Zielsetzungen gerecht zu werden.

Entsprechend der Themenstellung, die mit der in der Literatur des öfteren in dieser Form gestellten Streitfrage übereinstimmt, beschränkt sich diese Arbeit darauf, mit den genannten Mitteln zu untersuchen, inwieweit Art. 85 EWGV ein Tatbestanselement - "Schutzgesetz" - des § 823 Abs. 2 BGB ist. Aufgabe dieser Arbeit ist es nicht darüber hinaus nachzuprüfen, inwieweit Art. 85 EWGV und das ihn umfassende Wettbewerbsschutzsystem grundsätzlich Schadensersatzsanktionen verlangt und ob sie überhaupt mangels gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften auf Schadensersatzregelungen aus nationaler Rechtsquelle wie z.B. § 823 Abs. 2 BGB verweisen.

1. KAPITEL

Der Begriff des Schutzgesetzes i.S. des § 823 Abs. 2 BGB

1. Die Definition des Schutzgesetzes in der Literatur und Rechtsprechung

§ 823 Abs. 2 BGB bestimmt, daß derjenige, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt, dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist.

Nach dem Wortlaut des § 823 Abs. 2 BGB muß es sich um eine Rechtsvorschrift handeln, die den "Schutz eines anderen bezweckt". In diesem Passus sind mehrere Bedingungen für die Annahme eines Schutzgesetzes enthalten.

Einmal kommen in Abgrenzung zu den Rechtsvorschriften allgemein lediglich die Vorschriften als Schutzgesetze in Betracht, die in sich einen bestimmten Schutzzweck erfüllen können. Normen, deren "Zweck einer besonderen Schutzgewährung" für den objektiven Betrachter nicht erkennbar ist, scheiden daher als Schutzgesetze aus[1]. Als Schutzgesetze kommen daher beispielsweise nicht gesetzlich normierte allgemeine Grundsätze in Frage[2]. In gleicher Weise entfallen Normen rein formeller Art oder auch materielle Vorschriften, die lediglich der Abgrenzung eines bestimmten Rechts- oder Pflichtenkreises dienen, wie sie insbesondere im Privatrecht zu finden sind[3]. Vielmehr sind lediglich die Rechtsvorschriften, die ein bestimmtes Tun oder Unterlassen (Ge- und Verbotsnormen) vorschreiben,

---

1) ENNECCERUS/LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse II, § 235, Anm. I, 1 b.

2) RGRK, 11. Aufl., Anm. 104.

3) ENNECCERUS/LEHMANN, a.a.O., § 235, Anm. I, 1 b.

geeignet, einen bestimmten Schutzzweck zu erfüllen[1], da nur sie der unmittelbaren Abwehr von Angriffen Dritter auf die Interessen eines Einzelnen oder der Allgemeinheit dienen können. Dies bedeutet nicht, daß diese Rechtsvorschriften bereits außerlich als Ge- und Verbotsnormen gekennzeichnet sein müssen[2]. Ausreichend ist, daß sie inhaltlich das Tun oder Unterlassen bestimmter Verhaltensweisen fordern, also Handlungs- oder Unterlassungsgebote und -verbote enthalten.

Neben ihrer inhaltlichen Eignung als Abwehrnormen kommen entsprechend dem Wortlaut des § 823 Abs. 2 BGB nur die Ge- und Verbotsvorschriften als Schutzgesetze in Betracht, die den Schutz eines anderen bezwecken. Daraus folgt, daß das bloße objektive Bewirken eines Schutzes über den Schutzgesetzcharakter einer Rechtsvorschrift noch nichts aussagt[3]. Der faktische Schutz, der von einer Rechtsvorschrift für bestimmte Personen oder Personengruppen ausgeht, kommt - wenn er bei Erlaß der Rechtsvorschrift voraussehbar war - allenfalls als Indiz für eine gleichermaßen gewollte Zweckrichtung des Gesetzes in Betracht[4].

Ferner wird mit der Forderung nach einem den Schutz "eines anderen" bezweckenden Gesetz eine Rechtsvorschrift vorausgesetzt, die das Ziel verfolgt, einen Einzelnen oder eine bestimmte Gruppe von Einzelnen vor Eingriffen anderer zu bewahren. Deswegen können nach

---

1) RG in JW 1906, S. 780 f. BENISCH im Gemeinschaftskom. Anm. 1 zu § 35; ERMAN ,Anm. 1 zu § 823.

2) RGZ 79, S. 91: "Gleichgültig ist auch, ob das Gesetz in die Form eines Gebots oder Verbots gekleidet ist". Ferner RGRK ,Anm. 14, II zu § 823.

3) Dies ist in der Literatur und Rechtsprechung einhellige Meinung; vgl. RGRK ,Anm. 103 zu § 823 und die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung.

4) Vgl. KNOPFLE in NJW 1967, S. 698; ferner für den Bereich des öffentlichen Rechts BÜHLER, Subjektive öffentliche Rechte, S. 45.

allgemeiner Meinung Normen, die sich inhaltlich darauf beschränken, die Gesamtheit zu schützen, keine Schutzgesetze sein[1].

Jedoch, der Einzelne ist immer auch Teil der Gesamtheit, denn diese besteht gerade aus der Vielheit der Einzelnen. Die Gesamtheit ist die Summe aller Einzelnen. Daher bedarf das durch § 823 Abs.2 vorgegebene Unterscheidungsmerkmal einer Konkretisierung, die es ermöglicht, in jedem Einzelfall zu Ergebnissen zu kommen, die den dem § 823 Abs.2 zugrunde liegenden Vorstellungen entsprechen.

Jede Verbots- oder Gebotsnorm hat eine bestimmte Schutzaufgabe. Durch sie soll die Verwirklichung gesellschafts-, wirtschaftspolitischer oder politischer Interessen der Gesellschaft allgemein oder einzelner Gruppen derselben gewährleistet werden. Die so geschützten Interessen wiederum werden insbesondere in der deutschen Strafrechtslehre[2] als Rechtsgüter bezeichnet. Die Rechtsgüter der Strafrechtsnormen sind Bezugspunkte von Verbots- und Gebotsnormen, d. h. Normen mit Schutzfunktion. In ihnen manifestieren sich die Interessen Einzelner bzw. Gruppen von Einzelnen oder der Gesamtheit. Dementsprechend unterscheidet die Strafrechtslehre Individualrechtsgüter von Universalrechtsgütern.

Diese speziell für das Strafrecht geltenden Überlegungen können auf die Schutzgesetztheorie übertragen werden. Sie sind alle - so wie die Strafrechtsnormen als eine besondere Gruppe unter ihnen - Verhaltensnormen, denen es um die Erhaltung und Durchsetzung bestimmter Interessen der Einzelnen oder der Allgemeinheit geht. Da zudem gerade sehr viele Strafrechtsnormen Schutzgesetze sind, würden für diese andernfalls

---

1) Vgl. statt vieler STAUDINGER, Schuldverhältnisse Bd. II, Anm. III A 2 zu § 823.

2) Vgl. hierzu MAURACH, Deutsches Strafrecht AT, § 19 I u. II und die dort angegebene Literatur.

andere Maßstäbe gelten als für die nicht-strafrechtlichen Schutzbestimmungen.

Da die Individualrechtsgüter die Interessen Einzelner manifestieren, kann gefolgert werden, daß Normen, die den Schutz dieser Rechtsgüter bezwecken, auch den Schutz der Träger dieser Rechtsgüter im Auge haben. Daher ist jede Rechtsvorschrift, die individuelle Rechtsgüter zu schützen beabsichtigt, auch immer ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2. So haben beispielsweise Normen zum Schutz von Leben, körperlicher Unversehrtheit, persönlicher Freiheit und der Ehre wegen ihres Bezugs auf diese individuellen Rechtsgüter Schutzgesetzcharakter. Dem steht auch nicht entgegen, daß dadurch meist gleichzeitig dem Allgemeininteresse an der Erhaltung dieser Rechtsgüter gedient wird. Die Allgemeinheit hat in diesem Fall nur mittelbar über die Einzelnen als ihre Glieder ein Schutzinteresse, dem durch die in dem Individualschutz enthaltene Reflexwirkung Genüge getan wird. Ihnen gegenüber stehen die Vorschriften, die primär Universalrechtsgüter schützen. In der Literatur zum Schutzgesetzbegriff in § 823 Abs. 2 herrschte lange Zeit die Tendenz vor, allen Vorschriften, die Gemeinschaftswerte wie z. B. die Humanität, Sittlichkeit, Verkehrssicherheit, öffentliche Ruhe u.a. schützen, keinen Schutzgesetzcharakter zuzuerkennen[1].

Inzwischen hat sich aber in der Literatur und Rechtsprechung eine Auffassung durchgesetzt, nach der für die Schutzgesetzfrage innerhalb der Normen mit Universalrechtsgüterschutz zu trennen ist. Danach können auch Normen, die Rechtsgüter der Allgemeinheit schützen, Schutzgesetze sein, wenn sie neben der Allgemeinheit den Schutz Einzelner verfolgen. § 823 Abs. 2 setzt nämlich nicht voraus, daß der "andere", d.h. der Einzelne, ausschließlich Schutzsubjekt der Norm ist. Die

---

1) DETMOLD in Festgabe für Regelsberger, S. 317 ff; LENEL in DJZ 1897, S. 412; LINCKELMANN in Arch. f. Bürg. R. 1897, S. 88.

Literatur und Rechtsprechung fand zur Feststellung eines derartigen Doppelschutzes von Normen mit Universalrechtsgütern einen praxisnahen Weg. Da die Allgemeinheit als das Publikum aus der Vielheit der Einzelnen besteht, wird im Fall der Beabsichtigung ihres Schutzes auch auf einen auf die einzelnen Glieder dieser Allgemeinheit bezogenen Schutzzweck geschlossen[1]. Denn die Interessen der Allgemeinheit als dem Publikum und der Einzelnen als dessen Teile decken sich. Die ursprünglich eigenen Interessen der erstgenannten Bezugsgröße sind den ursprünglich eigenen Interessen der zweitgenannten gleichzusetzen.

Von diesen Normen hebt sich nach allgemeiner Meinung die Gruppe der Rechtsvorschriften ab, denen es um den Schutz des Staates oder anderer organisierter Gemeinschaften und um die Erhaltung ihrer Ordnung und ihrer Belange geht. Hier wird nicht die Allgemeinheit als die Vielheit der Einzelnen (Publikum) angesprochen, sondern eine besondere, von der Vielzahl der Einzelinteressen abstrahierte Größe, deren Interessen mit denen der Einzelnen nicht immer konform zu gehen brauchen. Allgemeininteresse und Individualinteresse liegen in diesem Fall auf unterschiedlichen Ebenen. So geht es nach allgemeiner Meinung beispielsweise den Strafbestimmungen über den Hoch- und Landesverrat oder über den Widerstand gegen die Staatsgewalt nicht um den Einzelnen, sondern um die Belange des Staates und der durch ihn konkretisierten Gesamtheit. Sie sind dazu bestimmt, dessen verfassungsmäßige Ordnung und Sicherheit zu gewährleisten.

---

1) Für die heute in der Literatur h.M. vgl. unter anderem RGZ 51, S. 177; RGZ 79, S. 92; RGZ 100, S.147; BGHZ 12, S. 148; TRAEGER, Kausalbegriff, S. 201 u. 376 ff; STAUDINGER, Schuldverhältnisse Anm. III zu § 823; ENNECCERUS/LEHMANN,Recht der Schuldverhältnisse II, § 235, Anm. I, 2; RGRK,Anm. 103 zu § 823; ESSER, Schuldrecht, § 202 Anm. 2; FIKENTSCHER,Schuldrecht, § 104, 112; PLANCK,Anm. III 2 zu § 823; neuerdings KNÖPFLE in NJW 1967, S. 698 f.

Sind sich die Rechtsprechung und Lehre auch darüber einig, daß Staatsschutzbestimmungen keinen Schutzgesetzcharakter haben, so lassen sich ihr keine eindeutigen Anhaltspunkte für die Beurteilung von Bestimmungen entnehmen, die den Schutz anderer Institutionen im Auge haben. Institutionen wie die Ehe, die Familie oder andere organisierte Gemeinschaften sind von den Einzelnen und deren Interessen abstrahierte Einrichtungen. Das Wesen dieser Institutionen liegt gerade darin begründet, bestimmte Bezugsformen von den einzelnen Trägern dieser Beziehungen weitgehend zu lösen und durch Bildung eines besonderen Ordnungsgefüges zu abstrahieren und zu objektivieren. So versteht H. KRÜGER[1] zu Recht die Institution als "Ausschaltung der Person und deren Ersetzung durch ein un- oder überpersönliches Gebilde"[2]. Die Institution soll gerade im wesentlichen von dem Willen und den Einflußmöglichkeiten der Einzelnen unabhängig sein.

Es kann daher aus dem Institutionenschutz auch nicht unmittelbar ein Individualschutz abgeleitet werden. Aus diesem Grund kann auch der LUKES'sche Ansatz[3], den Schutz der Institution des Wettbewerbs durch die Bestimmungen des GWB als Schutz der in der Institution zusammengefaßten Einzelinteressen zu verstehen, nicht übernommen werden.

Da nach LUKES bestimmte Personengruppen und deren Interessen "begriffsnotwendig" zum Wettbewerb gehören, vertritt er den Standpunkt, mit dem Schutz des Wettbewerbs werde der Schutz der individuellen Träger der

---

1) Allg. Staatslehre, S. 174 ff. Es sei hier dahingestellt, ob innerhalb des Grundrechtsbereichs bezüglich der sogenannten institutionellen Garantien ein engeres Verhältnis zwischen Institution und Individuum besteht; vgl. zu diesem Problem: HÄBERLE, Wesensgehaltsgarantie, S. 70 ff und die dort angegebene Literatur.

2) H. KRÜGER, a.a.O., S. 174.

3) LUKES, Der Kartellvertrag, S. 184 ff.

Austauschbeziehungen am Markt ipso iure mitgeschützt. Zu einem derartigen Ergebnis kann LUKES nur deshalb kommen, weil er die Institution des Wettbewerbs in eine Reihe von individuellen Rechtsbeziehungen auflöst und damit die dahinter stehenden Individualinteressen für einen Schutz freilegt. Die Konsequenz der LUKES'schen These wäre die Negation des Institutionenbegriffs in der deutschen Rechtsordnung. Daß auch LUKES dies erkannt hat, ergibt sich daraus, daß er seiner Argumentation insoweit die generelle Bedeutung nehmen will, als er ausführt, daß eine Institution "grundsätzlich" nicht[1] um ihrer selbst willen geschützt wird, sondern um dahinterstehender Einzelinteressen.

Der dieser Arbeit gesteckte Rahmen erlaubt keine der Bedeutung jener Lehre angemessene Kritik. Es muß jedoch mit RAISER[2] einer Verwischung der Grenze zwischen Institutionenschutz und Individualschutz entgegengetreten werden[3]. Sie würde der Systematik der deutschen Rechtsordnung, die mit der Schaffung von Institutionen wie Ehe, Familie, Besitz und gerade auch Wettbewerb eine Abstrahierung von den Einzelinteressen vornimmt, widersprechen. Wenn RAISER, trotz scharfer Trennung zwischen Institutionenschutz und Individualschutz, dennoch auch für den Bereich des Wettbewerbsrechts generell den Schutzgesetzcharakter der ihm angehörenden Normen bejaht, so kann der Grund dafür nur

---

1) LUKES, a.a.O., S. 185.

2) Summum ius summa iniuria, S. 145 ff. In diesem Sinn ist auch HABERLE, Wesensgehaltsgarantie, S. 72, Fn. 15 zu verstehen, wenn er trotz Hervorhebung des Subjektiven bzw. Individuellen innerhalb von Institutionen des Grundrechtsbereichs es ausdrücklich für denkbar ansieht, daß "außerhalb des Grundrechtsbereichs subjektive öffentliche Rechte und Institutionen durchaus unabhängig voneinander auftreten" und "sich durch die Art ihres Interesses unterscheiden (Beisp.: Erhaltung der Institution Berufsbeamtentum im Interesse der Allgemeinheit)".

3) Vgl. ferner BENISCH im Gemeinschaftskom., Anm. 1 zu § 35 GWB.

darin gesehen werden, daß, was die Vorschriften des materiellen Wettbewerbsrechts anbelangt, diese Bestandteil der Privatrechtsordnung sind. Die so dem System des Privatrechts unterstellte Institution des Wettbewerbs würde daher von vornherein unter dem Eindruck der in diesem Rechtsbereich vorherrschenden Tendenz stehen, die aufeinandertreffenden Einzelinteressen gegeneinander abzugrenzen und miteinander in Ausgleich zu bringen[1].

Etwas anderes muß jedoch dann gelten, wenn die Institution einer Rechtsordnung angehört, der es nicht wie der Privatrechtsordnung um den Ausgleich und die Gewährleistung unterschiedlicher Rechtsbeziehungen geht, sondern um politische oder gesamtwirtschaftliche Belange. Es besteht Anlaß zu der Annahme, daß in diesen Fällen neben der Institution nicht etwaige dahinterstehende Einzelinteressen geschützt werden, sondern, um der allgemeinen Zielsetzung willen, die politischen und wirtschaftspolitischen Belange der Allgemeinheit selbst. Die Institution wird hier in den Dienst dieser allgemeinen Zwecke genommen. Die Norm, die Institutionen derartiger Regelungsbereiche schützt, bezweckt daher über den Schutz der Institution hinaus auch die Sicherung dieser allgemeinen Interessen. Einer Institutionenschutzvorschrift kann daher ein Individualschutzcharakter nicht dadurch beigemessen werden, daß die Institution als Vielzahl von Einzelinteressen aufgefaßt wird. Ausgangspunkt der Untersuchung muß im Gegenteil immer die Überlegung sein, daß durch die Institution zunächst von den Einzelinteressen abstrahiert wird. Die weitere Frage, ob der Institutionenschutz auch im Interesse Einzelner oder ausschließlich allgemeiner politischer oder wirtschaftspolitischer

---

1) RAISER, a.a.O., S. 153 ff. spricht mehrfach davon, daß der Schutz der "Rechtsinstitution auch den Schutz individueller Interessen in sich begreifen" kann (S. 157).

Belange erfolgt, mithin dennoch die Schutzgesetzeigenschaft derartiger Institutionsschutznormen zu bejahen oder zu verneinen ist, beantwortet sich danach, welche Ziele die jeweilige Norm und der Gesamtrechtsbereich, in den die Norm eingegliedert ist, verfolgt.

Zusammenfassung:

Als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB kommen folgende Gruppen von Rechtsvorschriften in Betracht:

1. Vorschriften, deren Zweck ausschließlich auf den Schutz von Rechtsgütern Einzelner ausgerichtet ist.
2. Vorschriften, die dem Schutz der Allgemeinheit als der Vielzahl der Einzelnen (Publikum) dienen, sind gleichfalls Schutzgesetze, soweit das Allgemeininteresse sich in diesen Fällen mit den Individualinteressen deckt.
3. Institutionenschutznormen haben nur dann Schutzgesetzcharakter, wenn sie entsprechend ihrem Sinn und Zweck und dem des Rechtsbereichs, dem sie angehören, die Institution auch im Interesse der Individuen zu schützen beabsichtigen.
4. Demgegenüber ist denjenigen Rechtsvorschriften der Schutzgesetzcharakter abzusprechen, die entweder den Staat und die durch ihn verkörperten Werte oder aber Institutionen anderer Art im Interesse allgemeiner politischer und wirtschaftlicher Belange schützen.

2. Die Methoden zur Ermittlung der Schutzgesetzeigenschaft einer Norm

§ 823 Abs. 2 BGB setzt entsprechend seinem Wortlaut zur Feststellung der Schutzgesetzeigenschaft die Ermittlung des Schutzzwecks voraus. Die Schutzzweckermittlung wiederum kann nur entsprechend den allgemeinen Auslegungskriterien erfolgen[1].

21. Inhalt und Zweck der Norm

Wenn sich - was regelmäßig der Fall sein wird - aus dem Wortlaut keine hinreichenden Anhaltspunkte ergeben, so muß darüber hinaus der Inhalt und Zweck der Rechtsvorschrift untersucht werden. Die Inhaltsermittlung von Verbotsvorschriften wie die des Art. 85 Abs. 1 EWGV wird dadurch erleichtert, daß die Funktion der verschiedenen Normelemente durch unterschiedliche Bezeichnung voneinander abgehoben wird. Dies erlaubt eine Eingrenzung der Tatbestandsmerkmale, die eine Aussage über die Schutzrichtung der Vorschrift geben können, und ein Ausscheiden der für die Schutzzweckbetrachtung unwesentlichen Elemente. Darüber hinaus ergeben sich auf diese Weise nachprüfbare Ansatzpunkte für die generelle Auslegung der Norm und die Schutzzweckinterpretation als deren besondere Variante.

211.

Eine Verbotsnorm, wie sie Art. 85 Abs. 1 EWGV darstellt, bezeichnet in erster Linie den Gegenstand des Verbots. Der Gegenstand des Verbots, sein Bezugspunkt, ist die unerlaubte Handlung, die von der Rechtsvorschrift verboten wird.

212.

Ist der Bezugspunkt des Verbots erkannt, so bedarf es der Feststellung des Handlungsgegenstandes.

---

1) Vgl. LARENZ, Methodenlehre, S. 241 ff.

Vom Verbotsgegenstand unterscheidet sich das Handlungsobjekt dadurch, daß jener den materiellen Bezugspunkt der Verbotsnorm, also die unerlaubte Handlung schlechthin, meint, während dieser von der Position des Handelnden aus den Bezugspunkt seiner unerlaubten Handlung nennt.

Jede unerlaubte Handlung hat ihren Bezugspunkt, d.h. ein konkretes Angriffsobjekt, einen "greifbaren Gegenstand der Außenwelt"[1], gegen den sie sich wendet. So wie in den Straftatbeständen des Diebstahls gemäß § 242 ff StGB die Sache oder im Rahmen der Körperverletzungsdelikte gemäß § 223 ff StGB die körperliche Integrität des Menschen das Objekt ist, auf das sich rein äußerlich die unerlaubte Handlung richtet[2], so enthalten auch zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verbotsnormen Handlungsobjekte.

213.

Vom Handlungsobjekt zu trennen ist das Schutzobjekt[3] einer Norm. Das Handlungsobjekt ist der äußere Bezugspunkt der unerlaubten Handlung, der meist schon durch den Wortlaut der Vorschrift äußerlich erkennbar gemacht wird. So deuten z. B. die §§ 223 ff StGB ausdrücklich auf die körperliche Integrität, die §§ 242ff StGB auf die Sache und § 267 StGB auf die Urkunde als die Handlungsobjekte hin.

Demgegenüber ist das Schutzobjekt das hinter dem Tatbestand stehende Wertobjekt, das Rechtsgut, das mit

---

1) MEZGER, Lehrbuch des Strafrechts, 8. Aufl., S. 104.

2) Zum Begriff des Handlungsobjekts im Strafrecht vgl. R. v. HIPPEL, Strafrecht I, S. 12; MEZGER, Lehrbuch des Strafrechts, S. 105 u. 114; J. BAUMANN, Strafrecht, A. T., S. 117.

3) Auf die Notwendigkeit einer scharfen inhaltlichen Trennung zwischen Handlungsobjekt und Schutzobjekt im Strafrecht weisen insbesondere R. v. HIPPEL, a.a.O., S. 12; MEZGER, a.a.O., S. 114 hin.

dem Verbot einer bestimmten Handlung zu schützen ist[1]. Das Schutzobjekt veranschaulicht nach MEZGER "den Wert, den es für den Einzelnen als seinem unmittelbaren Träger und (oder) für die Rechtsgemeinschaft als solche besitzt"[2].

Die unterschiedliche inhaltliche Bedeutung von Schutzobjekt und Handlungsobjekt schließt eine äußerliche Deckung beider Gegenstände nach dem Wortlaut der Norm nicht aus. So kann in einer Verbotsvorschrift das benannte Handlungsobjekt auch gleichzeitig ein oder das einzige Schutzobjekt enthalten. In den Straftatbeständen der §§ 223 ff StGB ist z. B. die körperliche Integrität des Menschen sowohl das Handlungsobjekt als auch das Schutzobjekt dieser Normengruppe.

214.

Da § 823 Abs. 2 voraussetzt, daß die Schutznorm einen anderen, d. h. einen Einzelnen zu schützen bezwecken muß, ist zumindest immer dann, wenn das erkannte Schutzobjekt nicht unmittelbar auf einen Einzelnen als Träger dieses Rechtsgutes hinweist, ein abschließendes Ergebnis noch nicht gefunden.

Es stellt sich nunmehr die Frage nach dem Zweck des Schutzes dieses Objektes. Erst wenn erkannt wird, daß der Zweck des Schutzes dieses Objektes darin besteht, bestimmte Einzelne oder Gruppen von Einzelnen zu schützen, - sich die Einzelnen oder die bestimmten Personengruppen als Schutzsubjekte[3] herausstellen - , ist der

---

1) So ist z. B. in § 242 StGB die Sache das Handlungsobjekt, Schutzobjekte aber sind der Gewahrsam und das Eigentum.

2) a.a.O., S. 114.

3) Die Unterscheidung zwischen Schutzobjekt und Schutzsubjekt trifft auch BAUMBACH/HEFERMEHL, Kom. z. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., Anm. 33 ff zu § 1 UWG. Allerdings sieht BAUMBACH/HEFERMEHL im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung Schutzobjekt und Schutzsubjekt als zwei Elemente der Schutzzweckfrage an. Der Zweck der Norm im allgemeinen ist

Schutzgesetzcharakter zu bejahen. Ist der Zielpunkt des Schutzes der erkannten Objekte jedoch die Allgemeinheit oder eine Institution im Interesse der Allgemeinheit, so ist die Schutzgesetzeigenschaft zu verneinen. Die Frage nach dem Schutzobjekt ist mithin eine Vorstufe für die hier eigentlich interessierende Frage nach dem Schutzzweck der Norm.

Ist das Schutzobjekt ein Individualrechtsgut, dann liegt der Schluß nahe, daß die Vorschrift auch die einzelnen Träger dieses Rechtsguts schützen wollte. Umgekehrt ist bei einem Universalrechtsgut zunächst auf die Allgemeinheit als Schutzsubjekt zu schließen. In den Fällen, in denen das Schutzobjekt eine Institution ist, schließt sich die weitere Frage nach dem primären Zweck des Schutzes dieser Institution an. Dieser wird aus der Norm und dem Rechtssystem, dem die Norm zugehört, zu entnehmen sein. Bei dieser Untersuchung kann sich auch ergeben, daß das oder die zunächst erkannten Schutzobjekte wiederum einem höherrangigen Rechtsgut dienen, aus dem dann erst die Frage nach dem geschützten Personenkreis zu klären wäre.

215.

Die Erkenntnisse aus der Untersuchung des Inhalts und Zweckes der einzelnen Norm sollen ihre Bestätigung in der Zielsetzung des gesamten Rechtsbereichs,

---

aber nicht gleichzusetzen mit dem Zweck, einen anderen zu schützen i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. Hier wird eine besondere Zielrichtung vorausgesetzt, die meist erst aus dem abstrakten Rechtsgut abgeleitet werden kann. Daher wird hier die Schutzobjektfrage nicht als ein Teilbereich der Schutzzweckfrage, sondern lediglich als eine Vorstufe zu derselben angesehen.

deren Teil diese Norm ist, finden[1]. Erst die Übereinstimmung des Ergebnisses mit dem Ganzen der vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke verbürgt die Richtigkeit der gefundenen Lösung.

---

1) Unberücksichtigt müssen hier die neuerdings von KNÖPFLE in NJW 1967, S. 700 ff vorgeschlagenen Kriterien zur Ermittlung des Schutzzwecks einer Norm bleiben.
Abgesehen von den dogmatischen Bedenken gegen KNÖPFLES Lehre ist dieser Weg - worauf KNÖPFLE selbst hinweist - weder durch Rechtsprechung noch Literatur gefestigt. Seine Anerkennung könnte lediglich auf dem Weg richterlicher Rechtsfortbildung erfolgen. Bis zu diesem Zeitpunkt aber ist im Rahmen einer Arbeit, die eine einzelne Vorschrift auf ihren Schutzgesetzcharakter hin zu untersuchen hat, allein von der gesetzlichen Grundlage auszugehen, wie sie durch § 823 Abs. 2 gebildet wird. Danach ist der eigentliche Ansatzpunkt für die Erörterung der Schutzgesetzfrage, der aus Inhalt, Sinn und Zweck der Norm als solcher zu ermittelnde Schutzzweck. Die von KNÖPFLE vorgesehenen Kriterien der Vereinbarkeit der sich aus § 823 Abs. 2 ableitenden Rechtsfolge des Schadensersatzanspruchs mit der Gesamtrechtsordnung des bürgerlichen Rechts und des Rechtsbereichs des außervertraglichen Schadensausgleichs sowie mit dem Sinn und Zweck des betreffenden Schutzgesetzes liegen auf einer anderen Ebene.

3. Die Schutzgesetzproblematik im deutschen GWB

Die Frage nach der Schutzgesetzeigenschaft einer Norm hat im deutschen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (GWB) Bedeutung erlangt. Sie wurde insbesondere dadurch aufgeworfen, daß § 35 GWB speziell für dieses Gesetz in gleicher Weise wie § 823 Abs. 2 BGB für alle übrigen Rechtsvorschriften[1] denjenigen zum Schadensersatz verpflichtet, der gegen eine Vorschrift des GWB verstößt, die den Schutz eines anderen bezweckt. In diesem Zusammenhang wurde vor allem die Frage erörtert, inwieweit das GWB allgemein und dessen einzelne Vorschriften den Schutz von Einzelinteressen verfolgen.

Unabhängig von eventuellen grundsätzlichen Verschiedenheiten zwischen dem deutschen Kartellrecht und den Wettbewerbsregeln im EWG-Vertrag könnten sich aus der dort vorgenommenen Fragestellung und der Art und Weise ihrer Beantwortung Anhaltspunkte für die Lösung dieses Problems im Wettbewerbsrecht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft finden. Für beide Regelungsbereiche ergibt sich durch die inhaltlich korrespondierenden Vorschriften des § 35 GWB einerseits und § 823 Abs. 2 BGB andererseits die gleiche Fragestellung nach dem Schutzzweck der Bestimmungen, der dem ersten Anschein nach in beiden Fällen sowohl den Charakter eines Individualschutzes, als auch den eines Universalschutzes haben kann.

In der deutschen Rechtslehre wurde zur Beantwortung der Frage, wann eine Vorschrift des GWB Schutzgesetzcharakter hat, untersucht, welche Aufgaben

---

1) Zum Verhältnis des § 35 GWB zu § 823 Abs. 2 BGB vgl. LEO in WuW 1959, S. 486.

und Ziele dem GWB gesetzt seien[1]. Diese Methode trat nur bei den Vorschriften in den Hintergrund, bei denen sich der Schutzgesetzcharakter schon deutlicher aus dem Inhalt und Zweck der einzelnen Norm ergab, wie beispielsweise in dem Boykott- und Diskriminierungsverbot der §§ 26 Abs. 1 und 26 Abs. 2 GWB.

Bei dieser Schutzzweckbetrachtung des GWB haben sich im Schrifttum drei Meinungen herausgebildet:

a) Einige Autoren sehen den Zweck des GWB ausschließlich in dem Schutz der Institution des Wettbewerbs. Nach dieser Auffassung, die als die wirtschaftspolitische Theorie bezeichnet werden kann, liegt die Aufgabe des GWB lediglich darin, entsprechend einer wirtschaftspolitischen Forderung die Institution des Wettbewerbs als Ordnungs- und Lenkungsinstrument im Wirtschaftsablauf aufrecht zu erhalten[2].

b) Ihr gegenüber steht die Auffassung, die von rechtspolitischen Grundsätzen ausgehend die Aufgabe dieses Gesetzes in dem Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer sieht[3].

c) Eine Mittelmeinung tritt für die Theorie eines Doppelzwecks im GWB ein. Nach ihr will das GWB sowohl die Institution des Wettbewerbs, als auch

---

1) FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 200 ff; BIEDENKOPF, Aktuelle Grundsatzfragen, S. 11 ff; GÜNTHER in WuW 1960, S.742; BENISCH in WuW 1961, S. 767; KNÖPFLE in WuW 1962, S. 166 ff; LUKES, Der Kartellvertrag, S. 128 ff; MAILANDER, Privatrechtliche Folgen, S. 213 ff.

2) WURDINGER, Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung, S. 5, 9 ff; ders. in WuW 1960, S. 313; RASCH, Kom. zum GWB, Anm. 2 zu § 35; BENISCH in WuW 1961, S. 764 ff, insbesondere S. 768; ders. im Gemeinschaftskom., Anm. 5 zu § 35; KNÖPFLE in WuW 1962, S. 166 ff; a.A. ders. anscheinend in NJW 1967, S. 699, Fn. 11; FUCHS, Kartellverbot und Einzelvertrag, S. 82 ff.

3) BIEDENKOPF, Aktuelle Grundsatzfragen, S. 11 ff; LUKES, Der Kartellvertrag, S. 185 ff.

die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Einzelnen schützen[1].

Es ist hier nicht der Ort, auf das Für und Wider jeder einzelnen Begründung zu den oben genannten drei Meinungen einzugehen. Generell kann jedoch gesagt werden, daß sich die Vertreter der Individualschutztheorie - sei es in ihrer reinen oder modifizierten Form - bei der Schutzzweckbetrachtung des GWB von insbesondere zwei Gesichtspunkten leiten lassen:

Einmal verweisen sie darauf, daß die Entscheidung für eine Wettbewerbsordnung, wie sie im GWB zum Ausdruck komme, notwendigerweise eine Entscheidung für die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit beinhalte. Die Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung, bzw. die Wettbewerbsfreiheit, sei die wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren des

---

1) FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 207 ff, 235 ff; KOENIGS in NJW 1961, S. 1041; ders. in GRUR 1958, S. 589; BRUGGER in WuW 1959, S. 467; BAUMBACH/HEFERMEHL, Kom. z. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., Einl. 1-6; GÜNTHER in BB 1957, S. 721, in MA 1959, S. 275, in WuW 1960, S. 747, in WuW 1964, S. 111 ff (117); MAILANDER, Privatrechtliche Folgen, S. 148, 169, 213; STEINDORFF, Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 12; I. SCHWARTZ, Deutsches internationales Kartellrecht, S. 33 ff; E. KOCH, Schadensersatz, S. 45 ff; BECKMANN, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 64 ff. Eine grundsätzliche Stellungnahme der Rechtsprechung zu dieser Frage fehlt bisher. Lediglich in einer Entscheidung vom 25.2.1959 (BGHZ 29, S.350) wird ausgeführt, "daß die in öffentlichen (allgemeinen) Interessen erlassenen Vorschriften gegen eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs in der Regel auch dem privatrechtlichen Schutz eines verletzten einzelnen Unternehmens dienen werden". - Wegen der ausdrücklichen Beschränkung dieser Entscheidung auf Mißbrauchsbestimmungen kann hieraus nicht der Schluß gezogen werden, der BGH folge für das GWB generell der Individualschutzlehre.
Für das schweizerische Kartellrecht vgl. insbesondere MERZ in WuR 1966, S. 6 ff.

Wettbewerbssystems. Jede Wirtschaftsordnung, der ein Wettbewerbssystem zugrunde liegt, verlange daher auch das Vorliegen dieser Wettbewerbsfreiheit. Ein Gesetz, das es sich zum Ziel mache, die Wettbewerbsordnung zu schützen, müßte daher folgerichtig auch die Garantie der Wettbewerbsfreiheit im Auge haben[1].

Zum anderen wird geltend gemacht, daß die Gesamtheit der Vorschriften des GWB vor allem auch eine gesetzliche Verankerung der in dem GG, insbesondere Art. 2 und 12, zum Ausdruck kommenden Freiheitsgarantie im wirtschaftlichen Bereich sei. Die von dem Grundgesetz vorgezeichnete demokratische Ordnung spiegele sich in seinen einzelnen Gesetzen und Wirtschaftsgesetzen wider. Einen wesentlichen Teil dieser Ordnung bilde das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit, das in Art. 2 als Zentralnorm und in einigen anderen Grundrechten - wie dem der Berufsfreiheit nach Art. 12 - gesetzlich festgelegt sei. Ausfluß des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung sei die Vertragsfreiheit, aus der die Wettbewerbsfreiheit wiederum abzuleiten sei. Die so durch das Grundgesetz vorgegebene Wettbewerbsfreiheit werde in dem Wettbewerbsrecht und speziell auch im GWB als dessen Schutzgegenstand konkretisiert[2].

---

1) So insbesondere GRIESBACH in BB 1962, S. 1013; I. SCHWARTZ, Deutsches internationales Kartellrecht, S. 33 f; LUKES, Der Kartellvertrag, S. 118; KOENIGS GRUR 1958, S. 589; BAUMBACH/HEFERMEHL, Kom. z. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl.,Anm. 1 ff, Einl. zum GWB.

2) Vgl. NIPPERDEY in WuW 1954, S. 211 ff; GÜNTHER in WuW 1958, S. 379, in WuW 1960, S. 747, in WuW 1964, S. 117; RAISER in JZ 1958, S. 1 ff; BRUGGER in WuW 1959, S. 468; KOENIGS in GRUR 1958, S. 589, in NJW 1961, S. 1041; FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 230 f.; BIEDENKOPF, Aktuelle Grundsatzfragen, S. 11, 15 ff; BAUMBACH/ HEFERMEHL, Kom. z. GWB, 8. Aufl., Einl. 1.

Hinter der so in zweifacher Weise hervortretenden Wettbewerbsfreiheit aber wird zu Recht, da diese nur i. S. der individuellen Freiheit zu verstehen ist, das Interesse der Einzelnen am Bestand und Ausübungsmöglichkeit dieser Freiheit gesehen. Grundsätzlich bezwecken daher nach diesen beiden Auffassungen die Vorschriften des GWB in erster Linie mit dem Schutz dieses Rechtsgutes den Schutz der Interessen Einzelner.

Demgegenüber steht die Institutionsschutztheorie. Sie sieht im GWB lediglich ein öffentliches Ordnungsrecht. Nach ihr kommt es dem GWB lediglich darauf an, einen Ordnungsrahmen für das Marktverhalten der Wirtschaftsunternehmen zu schaffen, um auf diese Weise die Durchsetzung der wirtschaftspolitischen Grundsätze zu erleichtern. Hierbei falle ihm insbesondere die Aufgabe zu, durch den Schutz des Wettbewerbs die Entfaltung der Wettbewerbswirtschaft zu ermöglichen. Dies alles geschehe lediglich im Interesse der Allgemeinheit. Auf individuelle Belange, insbesondere in der Äußerungsform einer individualbezogenen Wettbewerbsfreiheit, nehme dieses Gesetz keine Rücksicht. Diese würden lediglich durch die Reflexwirkung, die durch den Schutz der Institution des Wettbewerbs für die einzelnen Marktteilnehmer entsteht, mitgeschützt.

Als Konsequenz der unterschiedlichen Auffassungen zum Sinn und Zweck des GWB ergibt sich für die hier gestellte Schutzgesetzfrage folgendes:

a) Ist die individuelle wirtschaftliche Betätigungsfreiheit - entsprechend der Individualschutzlehre zum GWB - auch ein Rechtsgut des Art. 85, so ist eine daraus sich ergebende, zwingende Schlußfolgerung die Bejahung seiner Schutzgesetzeigenschaft.

   aa) Die individuelle wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ist vor allem dann ein Rechtsgut des Art.85, wenn sich seinem Inhalt entnehmen läßt, daß der Schutz der individuellen Betätigungsfreiheit,

gerade mittels dieser Vorschrift, conditio sine qua non für den ebenfalls durch Art. 85 vorgesehenen Wettbewerbsschutz ist.

ab) Ferner ist die individuelle wirtschaftliche Betätigungsfreiheit dann Rechtsgut des Art. 85, wenn sein Inhalt sich gleichermaßen an Leitideen ausrichtet, so wie das GWB an den von dem Grundgesetz garantierten Freiheitsrechten.

b) Andererseits ist die Schutzgesetzeigenschaft des Art. 85 dann zu verneinen, wenn seine Auslegung ergibt, daß es ihm allein um die Erhaltung wirtschaftsrechtlicher Institutionen im Interesse wirtschaftspolitischer Belange der Allgemeinheit geht.

2. KAPITEL

Die Schutzgesetzproblematik des Art. 85 EWGV

1. Abschnitt

Die Geltung des EWG-Rechts im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB und die Normqualität des Art. 85 EWGV

1. Die Geltung des EWG-Rechts im Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB

Zweifel an der Eignung des Art. 85 EWGV als Schutzgesetz könnten insofern auftreten, als er als Teil des Vertragsrechts der EWG aus nicht-deutscher Quelle stammt.

Es ist jedoch unbestritten, daß Rechtsvorschriften internationaler oder supranationaler Verträge i.S. des Art. 2 EGBGB im Geltungsbereich des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden[1], wenn die nach dem deutschen Verfassungsrecht zur Einführung des Vertragsrechts erforderlichen Maßnahmen ergangen sind[2]. Hier kann deswegen auch die Frage unerörtert bleiben, ob die Rechtsvorschriften des EWGV durch eine dem Zustimmungsgesetz innewohnende Wirkung der Transformation - in gleicher Weise wie nach h.M. in der Bundesrepublik die völkerrechtlichen Bestimmungen - in innerstaat-

---

1) Vgl. u.a. STAUDINGER, Kom. z. Einführungsgesetz des BGB, 9. Aufl., Anm. II 3 zu Art. 2 EGBGB; in diesem Sinn ist auch die Rechtssprechung zu verstehen, die bei der Überprüfung von Vorschriften der VO 78 der britischen Militärregierung und des MRG 56 der amerikanischen Besatzungszone betreffend das Verbot übermäßiger Konzentration deutscher Wirtschaftskraft (sog. Dekartellierungsrecht) und bestimmter Vorschriften des Montanvertrages auf deren Schutzgesetzeigenschaft hin, auf die Frage der Geltung im innerstaatlichen Bereich gar nicht eingehen und sie vielmehr als selbstverständlich voraussetzen. Vgl. hierzu z.B. LG Mönchen-Gladbach in NJW 1948, S.525; BGHZ 13, S. 33; OLG Stuttgart in WuW 1956, S. 275 ff (288); BGHZ 30, S. 74 ff.

2) Das für innerstaatliche Geltung des EWG-Vertrages nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderliche Zustimmungsgesetz ist am 28. Juli 1957 in Kraft getreten. Vgl. Art. 5 des Gesetzes zu den Verträgen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft BGBl. 1958, Teil 2, S. 752 ff.

liches Recht umgewandelt wurden oder ob sie auch ihrem Geltungsgrund nach einen neben dem innerstaatlichen Recht stehenden eigenständigen[1] Rechtsbereich bilden, der nur für innerstaatlich vollziehbar erklärt worden ist[2]. Ihre Geltung im innerstaatlichen Bereich ist in jedem Fall gewährleistet.

42. Die Normqualität des Art. 85 EWGV

Es war lange Zeit streitig, ob den EWG-Wettbewerbsvorschriften überhaupt Normqualität zugesprochen werden kann, bzw. ob sie als unmittelbar verbindliche[3] Rechtsvorschriften Geltung beanspruchen können oder als bloße Programmsätze zu verstehen seien[4]. Die Kontro-

---

1) Für die Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem innerstaatlichen Recht sprechen sich insbesondere aus: OPHÜLS in NJW 1963, S. 1699, 1751; IPSEN in NJW 1964, S. 34 ff; THIEME in VVDStRL Heft 18 (1960), S. 53; SCHLOCHAUER in Archiv für Völkerrecht Heft 11 (1963), S. 4 ff; LAGRANGE in ZHR 1961, S. 89 ff (109); CONSTANTINESCO in JuS 1965, S. 289, 292, 345, 347; MUCH, Amtshaftung, S. 18; EHLE in MDR 1964, S. 9 ff, ders. in NJW 1964, S. 2231 ff (2232); RABE in NJW 1964, 1608 ff; FROWEIN in AWD BB 1964, S. 233 ff; HAYOIT de TERMICOURT in Journal des Tribunaux 1963, S. 485; F. MÜNCH, Berichte, S. 78 u. 91; MOSLER, Festschrift für Wehberg, S. 273 ff PRASCH, Unmittelbare Wirkung, S. 62; in diesem Sinn äußert sich auch der EuGH: RsprGH Bd. IX (1963), S. 25, Bd. X (1964), S. 1269 f.

2) Zur Abgrenzung der Transformationslehre gegenüber der Vollzugslehre vgl. die Übersicht bei PRASCH, a.a.O., S. 40 ff u. S. 51.

3) Zum Begriff der unmittelbaren Verbindlichkeit vgl. PRASCH, a.a.O., S. 39 ff.

4) Die sich gegenüberstehenden Auffassungen teilten sich in vier Gruppen:
   a) Von einigen Autoren wurde diese Vorschriften lediglich die Bedeutung von Programmsätzen beigemessen; vgl. SPENGLER in WuW 1958, S. 73 u. 461, ders. in Rechtsgutachten 1957, S. 33 u. 54; STRICKRODT in DB 1957, Beilage Nr. 9, S. 4; PINDER in WuW 1958, S. 572; MÜLLER/GRIES, Kom. z. GWB, Anm. 14 zu § 1 GWB; Entscheidung der Arrondissementsrechtsbank Zutphen in BB 1958, S. 931.

verse in der Literatur, die sich an dieser Frage entzündete, kann heute nach Inkrafttreten der VO Nr. 17 - vom 13.3.1962 - , die das geeignete Instrumentarium zur direkten Anwendung der Verbotsbestimmung der Art. 85/86 geschaffen hat, als beigelegt gelten. Art. 1 der VO Nr. 17 zieht einen deutlichen Schlußstrich unter diesen Meinungsstreit, indem darin ausdrücklich erklärt wird, daß die Verbotsbestimmungen der Art. 85/86 unmittelbare Wirkung haben.

---

b) Dagegen wurde von anderer Seite der Standpunkt vertreten, daß die Kommission oder nationale Behörden ermächtigt seien, durch konkretisierende Einzelverbote die Verpflichtungskraft der Art. 85/86 EWGV für die einzelnen Staatsbürger festzustellen. Diese als Ermächtungstheorie bezeichnete Auffassung vertrat z. B. SCHUMACHER in RMC 1959, S. 207; vgl. insbesondere RsprGH Bd. VIII (1962), S. 113;

c) Für eine direkte Anwendbarkeit dieser Vorschriften schon vor Inkrafttreten der VO Nr. 17 traten u. a. ein: GÜNTHER in WuW 1957, S. 275; THIESING in v.d.Groeben-v. Boeckh, Anm. 10 - 16 zu Art. 85; N. KOCH BB 1959, S. 241; BAUMBACH/HEFERMEHL Vorbem. 8 zum EWG-Vertrag; KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, S. 15 ff; CLEMENT, Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 377; BKARTA in BB 1959, S. 252, in BB 1960, S. 962; EWG-KOMMISSION in WuW 1959, S. 52 u. 654 ff.

d) Für eine progressive Direktwirkung sprachen sich aus: STEINDORFF in BB 1958, S. 89; COING/KRONSTEIN/SCHLOCHAUER in Frankfurter Gutachten.

2. Abschnitt

Schutzgegenstand und Schutzzweck des Art. 85 Abs. 1 EWGV

1. Die Aufgabe der EWG und der Auftrag des Art. 85 EWGV im Rahmen des Gemeinschaftsrechts

Art. 2 EWGV ist eine materielle Grundsatznorm des Vertrages. In ihm werden die wirtschaftspolitischen und politischen Leitideen der EWG genannt. Zu ihrer Verwirklichung wird durch Art. 2 EWGV der Gemeinschaft als solcher die Aufgabe gestellt, einen gemeinsamen Markt zu errichten, und die Aufforderung an die Mitgliedstaaten gerichtet, eine gemeinsame abgestimmte Wirtschaftspolitik zu betreiben.

Art. 3 EWGV stellt dementsprechend ein Programm auf, in dem bestimmte Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft, die der Errichtung (Art. 3 lit. a - c) und dem Funktionieren (Art. 3 lit. d - j) des Gemeinsamen Marktes dienen, umrissen werden. Mithin wird der Gemeinschaft die Errichtung und Erhaltung des Gemeinsamen Marktes zu einer Hauptaufgabe gemacht. Sämtliche Vorschriften des zweiten Teils sind Regelungen, die der Gemeinschaft das notwendige Instrumentarium verschaffen sollen, damit sie dieser Aufgabe gerecht wird.

In diesem Zusammenhang ist auch Art. 85 zu sehen. Art. 85 steht in dem dritten Teil des Vertrages, der die Überschrift "Politik der Gemeinschaft" trägt. Ein Gegenstand dieser Politik ist die Durchsetzung und Erhaltung gleicher Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes auf der Grundlage des Art. 85

Da die Gemeinschaft eine Wirtschaftsgemeinschaft ist und der EWG-Vertrag den rechtlichen Rahmen für

die Vereinheitlichung der sechs Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten bilden soll, wird die Zielsetzung dieser Politik der Gemeinschaft auch wirtschaftspolitischer Art sein. Die Kartellpolitik auf der Basis des Art. 85 wird vom Vertrag als Bestandteil einer Wirtschaftspolitik[1] im weiten Sinn verstanden[2].

Art. 85 EWGV entspricht dem im sogenannten SPAAK-Bericht[3] gemachten Vorschlag, in den EWG-Vertrag "Vorschriften aufzunehmen, die verhindern, daß marktbeherrschende Stellungen und mißbräuchliche Praktiken die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes vereiteln".

Art. 85 ist eine der "Wettbewerbsregeln" des dritten Teils des Vertrages. Er erlangt neben Art. 86/90/91 und 92 und in Verbindung mit der aufgrund des Art. 87 erlassenen VO Nr. 17[4] und VO Nr. 19/65[5] seine Bedeutung als Teil des Normensystems, das der

---

1) WOLANY in Jahn-Junckerstorff, S. 515 sieht allgemein in der "Kartellpolitik einen Teil der 'Wirtschaftspolitik'". Ferner STRICKRODT in DB 1957, Beilage Nr. 9 zu Heft 26, S. 3.

2) Der Begriff Wirtschaftspolitik ist hier in einem umfassenden Sinn gemeint - als auf die Regelung wirtschaftlicher Fragen bezogene Politik - und geht daher über den engeren Begriff des II. Titels des dritten Teils des Vertrages hinaus, wonach insbesondere gegenüber den Mitgliedstaaten allgemeine Grundsätze für die Konjunktur-, Währungs- und Handelspolitik aufgestellt werden.

3) Bericht der Delegationsleiter des von der Konferenz von Messina eingesetzten Regierungsausschusses vom 21. April 1956 an die Außenminister, S. 59 f.

4) Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 auf Grund Art. 87 vom 6.2.1962 (in Kraft seit dem 13.3.1962), ABlEG 1962, S. 204.

5) Verordnung über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen vom 2.3. 1965 (in Kraft seit dem 6.3.1965).

Gemeinschaft als Grundlage zur Sicherung des Wettbewerbs gegen Verfälschungen dient und den Rahmen für eine derartige Tätigkeit absteckt. Er ist Teil des in Art. 3 lit. f EWGV vorgesehenen Schutzsystems. Auch über diese Programmvorschrift erhält Art. 85 formalen Bezug zu der Hauptaufgabe der Gemeinschaft, der Errichtung und Erhaltung des Gemeinsamen Marktes. Diese Beziehung wird dadurch unterstrichen, daß das Wettbewerbsbeschränkungsverbot des Art. 85 mit den Worten "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar" eingeleitet wird.

Die Annahme liegt daher nahe, daß die Erhaltung des Wettbewerbs und die Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen durch Art. 85 nicht Selbstzweck ist, sondern daß es um ein dahinter stehendes Ziel, nämlich das der Verwirklichung und Erhaltung eines Gemeinsamen Marktes als Grundlage für günstige wirtschaftspolitische und politische Entwicklungen, geht.

2. Der Inhalt der Verbotsvorschrift des Art. 85 Abs. 1 EWGV

21. Der Verbotsgegenstand

Art. 85 Abs. 1 EWGV verbietet ein Zusammenwirken[1] von Unternehmen[2], das zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet ist und zu Wettbewerbsverhinderungen, -einschränkungen und -verfälschungen führt.

Die Anwendbarkeit der Verbotsnorm des Art. 85 Abs. 1 hängt mithin von zwei Voraussetzungen ab:

---

1) Über die verschiedenen Formen des Zusammenwirkens: DERINGER, WuW/EWG-Kom. Art. 85 Rz. 17.

2) Über den Unternehmensbegriff in Art. 85 EWGV: DERINGER, WuW/EWG-Kom., Art. 85 Rz. 5.

Zum einen müssen die Verhaltensweisen von Unternehmen geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Darüber hinaus müssen sie zu einer Wettbewerbsverhinderung, -einschränkung und -verfälschung führen.

Der Verbotsgegenstand, die unerlaubte Handlung, liegt jedoch trotz dieses Wortlauts lediglich in dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung, während dem Merkmal der Handelsbeeinträchtigung eine andere Funktion innerhalb der Norm zukommt.

211. Das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung

Zur Frage der Funktion des Begriffs der Handelsbeeinträchtigung haben sich zwei unterschiedliche Meinungen in der Literatur und Rechtsprechung herausgebildet: Nach einer in der Literatur weit verbreiteten Auffassung hat diese sogenannte Zwischenstaatlichkeitsklausel Doppelfunktion. Zum einen soll ihr die Aufgabe zukommen, den sachlichen Geltungsbereich des Art. 85 Abs. 1 von dem des nationalen Kartellrechts abzugrenzen[1]. Darüber hinaus aber komme ihr die Bedeutung zu, materiell bestimmte Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkungen festzulegen[2].

---

1) Der Begriff sachlicher Geltungsbereich wird im Anschluß an GUTZWILLER, Elemente der Rechtsidee, S. 149 ff; SCHÜRMANN, Bundesgesetz über Kartelle, S. 18; I. SCHWARTZ in ZHR 1962, S. 262, Fn. 28, im Unterschied zum Begriff des Anwendungsbereichs einer Kartellvorschrift verwendet.

2) Für die Doppelfunktion sprechen sich aus: FIKENTSCHER in WuW 1961, S. 801 Fn. 49; SPENGLER, Gemeinschaftskom., EWG-Kartellrecht, Erl. Rz.33; KLEEMANN, EWG-Wettbewerbsregeln, S. 35; FRANKFURTER KOM., Vorbem. 13 zu Art. 85 ff; LUTZ/BASSON in NJW 1961, S. 388; WOLF in WuW 1962, S. 651 ff; VAN HECKE/SUETENS in Journal des Tribunaux 1962, S. 361; SÖLTER in WuW 1961, S. 667, ders. Kartellrundschau, Heft 4, S. 81; BENISCH in DB 1963, S. 302; GLEISS/HIRSCH Kom. z. EWG-Kartellrecht Rz. 32 zu Art. 85; ROEMER, Schlußanträge des GA in der Rs. 56 u. 58/64, RsprGH Bd. XII (1966), S. 414 f; HILDEBRANDT, Diss. Heidelberg, S. 111 ff (S. 114); MATERNE in RMC 1965, S. 82 ff.

Demgegenüber wird von anderer Seite die Auffassung vertreten, die Zwischenstaatlichkeitsklausel sei ausschließlich Geltungsnorm; d. h. sie begnüge sich mit der Funktion, den Geltungsbereich der EWG-Wettbewerbsregel des Art. 85 von dem des nationalen Kartellrechts abzugrenzen[1].

Es braucht hier im Rahmen der Frage nach dem Verbotsgegenstand auf den skizzierten Meinungsstreit insbesondere auch auf die Auffassung der EWG-Kommission und des EuGH nicht näher eingegangen zu werden. Hier genügt es festzustellen, daß der Zwischenstaatlichkeitsklausel weder im Fall seiner Doppelfunktion noch im Fall seiner ausschließlichen Abgrenzungsfunktion ein Verbotsgegenstand entnommen werden kann. Denn selbst bei Anerkennung einer Doppelfunktion würde das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung lediglich Auswirkungen einer unerlaubten Handlung tatbestandlich festlegen. Sie wäre nicht selbst der Tatbestand der unerlaubten Handlung, sondern lediglich eine Tatbestandsfolge. Für die Frage, welches die unerlaubte Handlung ist, die diese Auswirkung zeitigen muß, trifft das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung daher unmittelbar keine Aussage. Dies würde umsomehr gelten, wenn sie sich nur darauf beschränken würde, den sachlichen Geltungsbereich der Norm zu bestimmen. In diesem Fall wäre sie nicht Bezugspunkt des Verbotes, sondern hätte ausschließlich die Funktion, den Geltungsbereich des Verbotes zu umreißen.

---

1) PLAISANT/LASSIER, Ententes et Marché Commun, S. 27; I. SCHWARTZ in ZHR 1962, S. 262; COING in ZHR 1963, S. 286 ff; DERINGER, WuW EWG-Kom., Art. 85 Rz. 42; PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER, Droit européen de la concurrence, Rz. 62 zu Art. 85; BÖHLIG/PREU in Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1962, S. 226; STECKHAN, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel, S. 103 ff KIRSCHSTEIN in WRP 1965, S. 82, ders. in WuW 1966, S. 779 f; MAILANDER in BB 1966, S. 839; VAN DAMME in CDE 1966, S. 284 ff.

212. Das Merkmal der Wettbewerbsverhinderung, -einschränkung und -verfälschung (Wettbewerbsbeschränkung)

Abs. IV der Präambel weist auf die Absicht der Vertragsstaaten hin, einen redlichen Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten.

Art. 3 lit. f sieht einen Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft in der Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Art. 85 ist Bestandteil dieses Systems, denn die Vorschrift ist eine der Wettbewerbsregeln des dritten Teils des EWG-Vertrages. Im Hinblick auf die ihm von Art. 3 lit. f aufgetragene Funktion richtet sich Art. 85 an Unternehmen, mit dem Ziel, diese von bestimmten Maßnahmen abzuhalten, die den Wettbewerb beeinträchtigen. Eine unerlaubte Handlung wird daher immer dann vorliegen, wenn dieser Gesetzesbefehl seitens der Unternehmen mißachtet wird. Die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen sind daher der Verbotsgegenstand des Art. 85 Abs. 1.

22. Der Handlungsgegenstand

Aus dem gleichen Grund, aus dem der Zwischenstaatlichkeitsklausel kein Hinweis auf den Verbotsgegenstand entnommen werden kann, weil sie allenfalls die Wirkungen der unerlaubten Handlung festlegt[1)], kann sie auch keinen Anhaltspunkt für die Bestimmung des Angriffsobjekts geben. Nach der reinen Geltungsbereichslehre ist die Zwischenstaatlichkeitsklausel immer nur Bedingung für die Anwendbarkeit der Verbotsvorschrift auf eine unerlaubte Handlung. Erst wenn diese Bedingung erfüllt ist, folgt die weitere Frage nach der unerlaubten Handlung und

---

1) Vgl. oben S.30 f.

daraus folgend nach dem Angriffsobjekt der unerlaubten Handlung. Nach der Lehre von der Doppelfunktion ist die Handelsbeeinträchtigung Bedingung für die Anwendbarkeit der Verbotsvorschrift, aber auch für den Unrechtscharakter der unerlaubten Handlung. Dies aber nur in dem Sinne, als sie eine bestimmte Wirkung oder Folge der unerlaubten Handlung festlegt; die unerlaubte Handlung selbst und damit auch ihr Angriffsziel setzt sie aber bereits als feststehend voraus.

Ziel der unerlaubten Handlung ist die Beschränkung des Wettbewerbs. Der Wettbewerb wird objektiv[1)] durch jede wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise i. S. des Art. 85 Abs. 1 zum unmittelbaren Angriffsobjekt. Der Wettbewerb wird zum Bezugspunkt der unerlaubten Handlung. Gegen seinen Bestand und die Gleichheit seiner Bedingungen richtet sich die verbotene Verhaltensweise.

23. Der Schutzgegenstand

231. Der Stand der Meinungen in der Literatur

Im wesentlichen haben sich in der Literatur drei unterschiedliche Meinungen hinsichtlich der Frage nach dem Schutzgegenstand in Art. 85 herausgebildet.

a) Eine Lehrmeinung sieht die Aufgabe der EWG-Wettbewerbsvorschrift in dem Schutz des zwischenstaatlichen Handels. Der Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten sei der eigent-

---

1) Ob die Verhaltensweise bewußt (subjektiv) auf die Beschränkung des Wettbewerbs zielt ist im Rahmen der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes und der damit verbundenen Verbotswirkung ohne Bedeutung.

liche Schutzgegenstand[1].

b) Eine Reihe anderer Autoren vertritt die Auffassung, es gehe den EWG-Wettbewerbsregeln des Art. 85 um die Sicherung des Wettbewerbs. Schutzobjekt sei danach allein der Wettbewerb als Institution[2].

c) Schließlich wird die Meinung vertreten, neben dem Wettbewerb bilde die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als dessen Voraussetzung ein weiteres Schutzgut des Art. 85 EWGV. Es sei das Ziel des Art. 85, die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit vor Beeinträchtigungen durch Marktabsprachen zu bewahren[3].

---

1) KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, S. 59 f; SPENGLER Gemeinschaftskom., EWG-Kartellrecht, Erl. Rz 28; ders. in WuW 1961, S. 528; GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, Art. 85 Rz 104 f.;DERINGER in WuW/EWG-Kom. spricht sich zwar in Rz. 24 f zu Art. 85 Abs. 1 für die Sicherung der Handlungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer aus, in Rz 50, a.a.O., erklärt er dagegen den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr für das eigentliche Schutzobjekt.

2) v. GAMM, Kartellrundschau, Heft 3, S. 33; THIESING in v. d. Groeben/v. Boeckh, Vorbem. 9 u. 12 zu Art. 85; HEFERMEHL Festschrift für Nipperdey, S. 778; COING in ZHR 1963, S. 285; E. LANGEN, Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch, S. 37; BKARTA, Tätigkeitsbericht 1961, S. 61 f; DEUTSCHE BUNDESREGIERUNG , Stellungnahme zum Bosch-Fall, zustimmend zitiert von LAGRANGE, Schlußanträge in der Rs. 13/61, RsprGH Bd. VIII (1962), S. 150.

3) BAUMBACH/HEFERMEHL, Kom. z. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., Anh., Anm. 25; v.d. GROEBEN, WuW 1961, S. 391; ders., Europa-Archiv 1961, S. 645, ders., Kartelle und Monopole Bd. I, S. 50, ders. in WuW 1964, S. 1007; EWG-KOMMISSION, Memorandum zum Aktionsprogramm 1962, S. 25; v. BRUNN, Kartellrundschau, Heft 6, S. 22; N. KOCH in BB 1959, S. 241; STECKHAN, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel, S. 124; GÜNTHER in WuW 1957, S. 275 ff; MUCH, deuxième colloque international de droit Européen, S. 365 ff; E. KOCH, Schadensersatz, S. 30 ff; JOHANNES in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1967, S. 406; HILDEBRANDT, Diss. Heidelberg, S. 25 u. 114.

232. Stellungnahme zu den bestehenden Ansichten

2321. Der Schutz des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs

In Abs. IV der Präambel wird die Gewährleistung eines ausgewogenen Handelsverkehrs als gleichrangiges Ziel neben den redlichen Wettbewerb gestellt. In Entsprechung dieser Absichtserklärung der Vertragsstaaten wird die Kommission in Art. 29 lit. a beauftragt, die Förderung des Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern zu verfolgen.

Art. 85 nimmt den Begriff des zwischenstaatlichen Handels in den Tatbestand der Generalklausel des Art. 85 Abs. 1 auf. Auch Art. 86 erklärt mißbräuchliche Verhaltensweisen nur insoweit für verboten, als sie geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Art. 90 Abs. 2 EWGV hebt die Bedeutung der "Entwicklung des Handelsverkehrs" für bestimmte öffentliche Unternehmen hervor, und Art. 92 EWGV wendet sich gegen staatliche Subventionen, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Auch die Regelung zur Abwehr von Dumping-Praktiken nach Art. 91 EWGV verfolgt das Ziel eines ungestörten Handelsaustausches zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern.

Die mehrmalige Hervorhebung des Merkmals des zwischenstaatlichen Handels durch die Vertragsvorschriften kann nur als ein Hinweis dafür gewertet werden, daß dieses Element, über sein Selbstverständnis in einem Gebilde wie dem Gemeinsamen Markt hinaus, als ein wesentlicher Integrationsfaktor angesehen wird, der aus diesem Grund eines besonderen Schutzes bedarf.

Diese These steht jedoch der reinen Geltungsbereichslehre[1] entgegen. Der von ihren Vertretern eingeschlagene Weg führt über eine Verneinung der Schutzobjekteigenschaft des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs und der Hervorhebung des Wettbewerbs als dem alleinigen Schutzobjekt des Art. 85 Abs. 1 zu dem Ergebnis, daß demnach die Funktion der Zwischenstaatlichkeitsklausel sich in der Festlegung des Geltungsbereichs des Art. 85 gegenüber nationalen Wettbewerbsregeln erschöpfe. Die genannte Lehrmeinung versucht auf diese Weise die alleinige Schutzguteigenschaft des Wettbewerbs herauszustreichen. Sie nimmt durch Neutralisierung des Begriffs "beeinträchtigen" der Zwischenstaatlichkeitsklausel ihre materielle Funktion innerhalb des Verbotstatbestandes des Art. 85 Abs. 1. Indem jede Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels[2] bereits als dessen Beeinträchtigung verstanden wird, wird dieser Begriff seiner materiellen Bedeutung enthoben und auf die Funktion einer bloßen Geltungsbereichsnorm beschränkt.

Der Geltungsbereichslehre ist zuzustimmen, soweit sie eine zusätzliche materielle Funktion der Zwischenstaatlichkeitsklausel im Sinn einer Statuierung eines besonderen Auswirkungsprinzips, wie es die Doppelfunktionslehre vertritt, leugnet. Dieses Ergebnis fand auch seine Bestätigung in den jüngsten Entscheidungen des EuGH zu Art. 85 EWGV[3]. Soweit durch die von der Geltungsbereichslehre vorgenommene Argumentation jedoch dem zwischenstaatlichen Handel zugunsten des Wettbewerbs auch der Schutzobjektcharakter abgesprochen werden soll, kann ihr nicht zugestimmt werden.

---

1) Vgl. oben S. 31.

2) Vgl. insbesondere COING in ZHR 1963, S. 286 ff.

3) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303 u. 389.

Dogmatisch bestehen keine Bedenken dagegen, der Geltungsbereichsnorm neben ihrer eigentlichen Funktion noch eine zusätzliche in dem Sinn der Kennzeichnung eines Schutzobjekts beizumessen. Andernfalls wäre die Doppelfunktionslehre, die entgegen der reinen Geltungsbereichslehre der Zwischenstaatlichkeitsklausel Tatbestandsfunktion zuschreiben will, von vornherein - aus dogmatischen Überlegungen - abzulehnen gewesen. Ein derartiges Argument wird aber von ihren Gegnern, den Vertretern der reinen Geltungsbereichslehre, nicht vorgebracht. Vielmehr begründen sie ihre Auffassung allein aus einer für Art. 85 speziell gefundenen Auslegung. Auch von ihrer Seite wird daher konkludent theoretisch die Möglichkeit einer Geltungsbereichsnorm mit Doppelfunktion anerkannt.

Nach der hier vertretenen These hat die Zwischenstaatlichkeitsklausel Doppelfunktion, weil sie einerseits den Geltungsbereich festlegt und darüber hinaus auf ein Schutzobjekt des Art. 85 Abs. 1 hinweist.

Neben dem oben angeführten mehr formalen Argument, daß auf die Hervorhebung des Begriffs des zwischenstaatlichen Handels in einer Reihe von Vorschriften des EWGV Bezug nimmt, sprechen im wesentlichen noch zwei weitere Umstände für diese Annahme:

a.) Das Wort "beeinträchtigen" innerhalb der Zwischenstaatlichkeitsklausel hat einen negativen Sinngehalt. Mit ihr wird etwas Mißliebiges zum Ausdruck gebracht. Die Mißbilligung einer Handelsbeeinträchtigung durch Art. 85 erklärt sich zumindest auch daraus, daß der zwischenstaatliche Handel als ein schutzwürdiges Gut des Art. 85 anerkannt wird.

b.) Der zwischenstaatliche Handel hat neben dem Wettbewerb eine eigenständige Funktion innerhalb des Gemeinsamen Marktes, die eines Schutzes bedarf.

23211. Zur Auslegung des Wortes "beeinträchtigen".

a) Die bestehenden Ansichten.

Die Auffassungen über den Sinn des Wortes beeinträchtigen sind geteilt. EVERLING[1] befürwortet eine neutrale Auslegung i. S. von beeinflussen. In gleicher Weise spricht sich STEINDORFF[2] für einen neutralen Begriff aus. Während jedoch EVERLING zu seiner Schlußfolgerung durch einen Vergleich mit dem seiner Auffassung nach neutralen Begriff "affecter" im französischen Vertragstext kommt, begründet STEINDORFF sein Ergebnis aus der faktischen Beziehung von Wettbewerbsbeschränkung und Handelsbeeinträchtigung. Nach STEINDORFF bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung eine Veränderung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs in Intensität und Richtung.

Die EWG-Kommission ist in der "Grundig-Consten"-Entscheidung[3] und in den Freistellungserklärungen "Blondel"[4], "Isbecque"[5] und "Jallatte"[6] davon ausgegangen, daß jede weittbewerbsbeschränkende Absprache, die die Wirkung hat, daß sich der zwischenstaatliche Handel unter anderen Voraussetzungen entwickelt als ohne sie, von dem Verbot des Art. 85

---

1) EVERLING in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 85 Anm. 4.

2) Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 163; in gleicher Weise: BKARTA Tätigkeitsbericht 1961, S. 62; SCHLIEDER in BB 1962, S. 305; BEIER in GRUR AIT 1964, S. 86; DERINGER, NuW/EWG-Kom. Art. 85 Rz. 41; PLAISANT/FRANCESCHELLI/LASSIER, Droit européen de la concurrence, Art. 85 Rz. 61 f; BÖHLIG/PREU, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 1962, S. 226; DEUTSCHE BUNDESREGIERUNG, Stellungnahme in der Rs. 13/61, zustimmend zitiert von GA LAGRANGE rspr GH Bd. VIII (1962), S. 150.

3) ABlEG 1964, S. 2545 ff.

4) ABlEG 1965, S. 2194 ff.

5) ABlEG 1965, S. 2581 ff.

6) ABlEG 1966, S. 37 ff.

Abs. 1 erfaßt wird. Daraus kann entnommen werden, daß auch sie jede Beeinflussung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs in Intensität und Richtung als Beeinträchtigung verstehen wollte. Denn jede wettbewerbsbeschränkende Absprache, die auch nur irgendeinen Bezug zum zwischenstaatlichen Handel hat, wird diesem eine andere Entwicklung geben. Die EWG-Kommission scheint sich damit bewußt von ihrer zeitlich früher liegenden Empfehlung im Fall "Convention-Faience"[1] zu distanzieren, in der sie nach näherer Prüfung der Handelsbeeinträchtigung auf eine "nachteilige" Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels schloß, eine nachteilige Wirkung also voraussetzte.

Der reinen Ablenkungstheorie, nach der dem Wort beeinträchtigen ein neutraler Sinngehalt zukommt, steht die Ansicht der Autoren entgegen, die dem Begriff einen negativen Aussagewert beimessen[2]. Wenn genannte Autoren auch unterschiedliche Kriterien dafür angeben, worin eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels besteht, so stimmen sie dennoch im Ergebnis darin überein, daß die Auslegung des Begriffs "beeinträchtigen" einen negativen Sinngehalt ergibt.

b) Kritische Stellungnahme

Der Meinung von EVERLING[3], der Begriff beeinträchtigen sei in Entsprechung zu dem Wort "affecter" im französichen Vertragstext i. S. von Beeinflussung

---

1) Vom 24. Juli 1963, EWG-Bulletin 1964 Nr. 5, S.56.

2) KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, S. 35; COING in ZHR 1963, S. 284, 291; GLEISS/HIRSCH, Kom. z. EWG-Kartellrecht, Rz. 32 zu Art. 85; ELLIS in Revue internationale de droit comparé 1963, S. 301; SÖLTER in WuW 1961, S. 669 ff, ders. Kartellrundschau, Heft 4, S. 80; HILDEBRANDT, Diss. Heidelberg, S. 104 ff.

3) EVERLING in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 85 Anm. 4.

zu verstehen, kann nicht gefolgt werden. Ihr steht entgegen, daß sowohl der italienische als auch der niederländische Vertragstext gleichfalls einen Begriff mit negativem Wortlaut enthält. Aber auch dem Wort affecter im französischen Text kann nicht generell eine neutrale Bedeutung zugeschrieben werden. Denn auch im französischen Sprachgebrauch wird es nicht nur im Sinn von beeinflussen, sondern auch in einem abwertenden Sinn gebraucht[1]. Selbst aber, wenn hier der französische Begriff in einem neutralen Sinn verstanden werden müßte, bliebe zu klären, ob nicht, um allen vier verbindlichen[2] Vertragstexten gerecht zu werden, der bestehenden Divergenz durch die Auslegungsregel der Begriffsreduktion begegnet werden müßte[3]. Das würde bedeuten, dem Be-

---

1) Nachweise bei SACHS/VILLATTE, Enzyklopädisches Wörterbuch der französischen und deutschen Sprache, Nachtrag 1956, zit. nach SPENGLER im Gemeinschaftskom., EWG-Kartellrecht Erl. 30; ferner PETIT LAROUSSE Paris 1964, S. 19. Die Verwendung dieses Wortes in einem negativen Sinn wird auch durch einen Vergleich mit anderen Vorschriften des EWG-Vertrages deutlich; vgl. z. B. Art. 90 Abs. 2, Art. 92 u. Art. 224.

2) Vgl. Art. 248 EWGV.

3) Eine Auslegungsregel, die vom IGH angewendet wird; IGH zit. bei DOLLE in RabelsZ 1961, S. 22: The Court is of opinion that where two versions possessing equal authority exist one of which appears to have a wider bearing than the other it is bound to adopt the more limited interpretation which can be made to harmonise with both versions and which, as far as it goes, is doubtless in accordance with the common intention of the Parties Auf diese vom IGH entwickelte Methode der Begriffsreduktion bei mehreren verbindlichen Vertragstexten mit unterschiedlichem Wortlaut weist auch COING in ZHR 1963, S. 284 anläßlich der Auslegung des Art. 85 EWGV hin; ferner KLEEMANN, Wettbewerbsregeln, S. 35; HILDEBRANDT, Diss. Heidelberg, S. 103; DRAETTA in Quadri/Monaco/Trabucchi, Commentario CEE, Bd. II Anm. 6 zu Art. 85.

griff den Sinngehalt beizumessen, der sich mit allen vier Vertragstexten deckt. Diese Bedingung könnte jedoch nur ein negativer Begriff erfüllen, wie er mit den Worten "beeinträchtigen" im deutschen "pregiudicare" im italienischen und insbesondere "ongunstig... beinvloeden" im niederländischen Text gewählt worden ist. Wenn daher der so reduzierte Wortlaut eindeutig abwertend ist, so widerspräche es allgemeinen Auslegungsgrundsätzen über allgemeine Sinn- und Zweckerwägungen, ihm dennoch einen neutralen Sinn zuzuschreiben.

c) Der Inhalt des Begriffs "beeinträchtigen"

In enger Verbindung mit der Frage, welche Bedeutung dem Wort beeinträchtigen zukommt, steht die weitere Frage, worin die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns liegen muß. Nur, wenn nicht bereits jede Berührung des Handels durch eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung die Verbotswirkung des Art. 85 Abs. 1 auslöst, kann endgültig auf die negative Bedeutung des Wortes in diesem Zusammenhang geschlossen werden.

ca) Versucht man auch hier die unterschiedlichen Meinungen in der Literatur zusammenzufassen, so können vier Gruppen gegenübergestellt werden:
Die erste Gruppe befürwortet eine quantitative und qualitative Abwägung im Rahmen des Begriffs der Handelsbeeinträchtigung. Sie unterscheiden zwischen den dem zwischenstaatlichen Handel förderlichen, neutralen und abträglichen Einflüssen. Danach sind vom Verbot des Art. 85 Abs. 1 die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nicht erfaßt, die den zwischenstaatlichen Handel fördern (quantitativ) und die (qualitativ) keine Verschlechterung oder Verteuerung der zwischenstaatlich ausgetauschten

Waren bewirken[1].

Andere Autoren prüfen die Handelsbeeinträchtigung am Maßstab der Wettbewerbsverfälschung. Sie sehen daher in jeder Wettbewerbsverfälschung auch eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels[2].

Ebenfalls eine qualitative und quantitative Abwägung der Handelsbeeinträchtigung befürwortet eine Reihe anderer Autoren. Ihre Auffassung unterscheidet sich aber insofern von der vorgenannten Meinung, als die Art der quantitativen und qualitativen Abwägung anhand wettbewerbstheoretischer und nicht wirtschaftspolitischer Überlegungen erfolgen soll. Die qualitative Abwägung orientiert sich danach an der Frage der Wahl- und Ausweichmöglichkeiten, der Alternativenbeschränkung der nicht-absprachebeteiligten Marktteilnehmer, während die Quantitätsfrage an der "spürbaren" nachteiligen Alternativenbeschränkung gemessen wird[3].

Der EuGH schließlich hat in der Entscheidung Société Technique Minière (LTM) gegen Maschinenbau Ulm GmbH (MBU) vom 30. Juni 1966[4] sowie in der Grundig-Consten-Entscheidung vom 13. Juli 1968[5] ausdrücklich zum Begriff der Handelsbeeinträchtigung Stellung genommen. Er sieht eine qualitative Abwägung

---

1) SÖLTER in WUW 1961, S. 667; ders. Kartellrundschau Heft 4, S. 81; BENISCH in DB 1963, S. 302; ROEMER, Schlußanträge des GA in der Rs. 56 u. 58/64, RsprGH Bd. XII (1966), S. 414 f; GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, Rz.32 zu Art. 85.

2) COING in ZHR 1963, S. 291; in gleicher Weise anscheinend SPENGLER im Gemeinschaftskom., EWG-Kartellrecht Erl. 33, wenn er kritiklos die Ausführungen von COING, a.a.O., wörtlich übernimmt; E. KOCH, Schadensersatz, S. 35.

3) FIKENTSCHER in WuW 1961, S. 801, Fn. 49; HILDEBRANDT, Diss. Heidelberg, S. 111 ff.

4) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303.

5) RsprGH Bd. XII (1966), S. 389 f.

der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung für geboten an. Die Abwägung hat sich nach der Auffassung des EuGH an dem Vertragsziel der Errichtung eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes auszurichten. Dem EuGH zufolge ist im Rahmen dieses Begriffs eine Qualifizierung erforderlich, "ob die fragliche Vereinbarung der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten hinderlich sein kann"[1]. Deutlicher noch stellt der EuGH in der Grundig-Consten-Entscheidung auf die Abwägung der Vereinbarung an den Vertragszielen ab. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es für die Verbotswirkung darauf an, ob die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung geeignet ist, "die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann"[2]. Diese Betrachtungsweise erklärt auch rückblickend die Haltung des EuGH im Bosch-Fall[3]. Der EuGH ließ es hier ausdrücklich offen, ob Exportverbote geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Da Exportverbote immer einen Einfluß auf den zwischenstaatlichen Handel haben werden, liegt der Schluß nahe, der EuGH wolle mit dieser Formulierung andeuten, daß er zur endgültigen Feststellung, ob Exportverbote unter Art. 85 fallen, eine nähere Prüfung vornehmen müßte. Dies wäre aber nur erforderlich, wenn die Handelsbeeinträchtigung in einer besonderen Form erfolgen müßte und nicht nur i. S. eines neutralen Berührens des zwischenstaatlichen Handels[4]. In seinen beiden oben

---

1) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303.

2) RsprGH Bd. XII (1966), S. 389.

3) RsprGH Bd. VIII (1962), S. 161 ff.

4) Diesen Schluß zieht auch Ellis in Revue internationale de droit comparé 1963, S. 302.

genannten Entscheidungen wird der Grund für seine Zurückhaltung in dem Bosch-Fall deutlich. Der EuGH hätte prüfen müssen, ob das Verbot geeignet ist, die Ziele des Vertrages zu gefährden. Die Abwägung im Hinblick auf die Vertragsziele ist qualitativer Art. Der EuGH lehnt dagegen eine quantitative Abwägung i.S. einer Beeinflussung eines Handelsvolumens ausdrücklich ab[1].

cb) Kritische Stellungnahme zu den genannten Auffassungen

Die Theorie der quantitativen Abnahme des zwischenstaatlichen Handelsaustausches und der qualitativen Verschlechterung oder Verteuerung der zwischenstaatlich ausgetauschten Waren würde dem Zweck des Art. 85, der Errichtung des Gemeinsamen Marktes und der dadurch angestrebten Förderung der allgemeinen Vertragsziele, nicht gerecht. Entsprechend den vom EuGH in der Rs. 56/65[2] und 56 u. 58/64[3] aufgestellten Grundsätzen dient das Verbot der Wettbewerbsbeschränkung dazu, die Errichtung privater Handelsschranken zu verhindern, und ist daher eine wesentliche Grundlage der Integrationspolitik[4]. Daher müssen alle Wettbewerbsverfälschungen, gleichgültig ob sie im Sinne der genannten Lehre positive oder negative Wirkungen auf den Handelsaustausch haben, verboten werden, wenn sie der freien Zirkulation der Waren zwischen den Mitgliedstaaten entgegenstehen. Denn gerade die freie Zirkulation ist

---

1) RsprGH Bd. XII (1966), S. 324 u. 389.

2) RsprGH Bd. XII (1966) S. 300 ff.

3) RsprGH Bd. XII (1966) S. 385 ff.

4) In gleicher Weise SCHLUEP, Alleinvertriebsvertrag, S. 143.

es, die die gewünschte Integrationswirkung zeitigt[1].

Die Auffassung, im Begriff der Handelsbeeinträchtigung sei die Wettbewerbsverfälschung wieder aufgenommen, geht davon aus, daß jede Wettbewerbsverfälschung mit zwischenstaatlichem Bezug eine Handelsbeeinträchtigung enthalte. Denn die Wettbewerbsverfälschung sei der Maßstab der Handelsbeeinträchtigung. Der Grund für diese Annahme muß in dem Bestreben gesehen werden, die materielle Bedeutung der Zwischenstaatlichkeitsklausel zugunsten einer reinen Geltungsbereichslehre zu verneinen. Es ist jedoch widersprüchlich, wenn dem Wort beeinträchtigen dennoch eine Wertungsfunktion zugeschrieben wird, indem man ihn einen negativen Sinn beimißt. Wenn die Wettbewerbsbeschränkung der Handelsbeeinträchtigung gleichsteht, hätte es eines Wortes mit negativem Aussagewert nicht bedurft.

Zudem nimmt der Wortlaut des Art. 85 Abs. 1 eine deutliche Trennung zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Handelsbeeinträchtigung vor. Art. 85 Abs. 1 spricht nicht von der Beeinträchtigung des Wettbewerbs im zwischenstaatlichen Handel, sondern fordert, deutlich voneinander abgehoben, eine Wettbewerbsbeschränkung und eine Handelsbeeinträchtigung. Die äußerliche Trennung beider Merkmale deutet darauf hin, daß der Maßstab der Handelsbeeinträch-

---

1) Der Grundig-Consten-Fall bildet ein Beispiel für die Unhaltbarkeit dieser These. Zwar kann der Alleinvertriebsvertrag mit Gebietsschutzklausel auch zunächst zu einer Förderung des Handelsaustausches zwischen zwei Mitgliedstaaten führen, wenn mit ihm ein neuer Markt für eine bestimmte Ware erst erschlossen wird. Jedoch hat er insofern integrationshemmende Wirkung, als er Parallelimporten seitens anderer nicht absprachebeteiligter Unternehmen entgegensteht und auch das beteiligte Unternehmen an einer Wiederausfuhr der Ware hindert.

tigung ein anderer sein sollte als der des unverfälschten Wettbewerbs.

Art. 85 steht im Dienst des Zieles, einen einheitlichen Markt zu schaffen. Dies geschieht u. a. durch den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr. Die wettbewerbsverfälschende Vereinbarung wird nur verboten, wenn sie diesen beeinträchtigen kann. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, wie sich der zwischenstaatliche Wirtschaftsverkehr im Hinblick auf das genannte Ziel des Vertrages entwickelt. Dieses Ziel darf nicht gefährdet werden. Geht von einer Wettbewerbsverfälschung diese Wirkung aus, dann ist der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt. Maßstab ist daher nicht das freie Spiel des Wettbewerbs, sondern das Ziel der Schaffung und Erhaltung eines Gemeinsamen Marktes.

Die Kriterien für eine Handelsbeeinträchtigung können ferner nicht in der spürbar nachteiligen Einschränkung der Möglichkeit zwischenstaatlichen Handels nicht-absprachebeteiligter Marktteilnehmer gesehen werden.

Die Vertreter dieser Ansicht lehnen sich an die von BORCHARDT und FIKENTSCHER im Rahmen des § 1 GWB entwickelte Lehre der formalen und materiellen Wettbewerbsbeschränkung[1] an. Eine materielle Wettbewerbsbeschränkung liegt danach nur dann vor, wenn dieselbe die Eignung zu einer Beeinträchtigung der Möglichkeiten nicht-absprachebeteiligter Marktteilnehmer im zwischenstaatlichen Handel hat.

---

1) BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 26 ff; FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S. 43 ff, ders. in WuW 1961, S. 788 ff.

Bedenken an dieser Auffassung bestehen bereits deswegen, weil die zu § 1 GWB entwickelte Lehre wegen der unterschiedlichen Fassung beider Vorschriften nicht ohne weiteres bei der Untersuchung des Art. 85 herangezogen werden kann. § 1 GWB verlangt eine Marktbeeinflussung. Art. 85 Abs. 1 hingegen eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs[1]. Beide Merkmale stehen darüber hinaus in Art. 85 Abs. 1 bereits dem Wortlaut nach nicht in so enger Beziehung wie der Begriff der Marktbeeinflussung zu dem der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB.

Es kommt schließlich der Zwischenstaatlichkeitsklausel anders als dem Begriff der Marktbeeinflussung in § 1 GWB nicht die Funktion zur Festlegung des Auswirkungsprinzips zu. Neben ihrer Funktion zur Festlegung eines Schutzobjektes hat sie allein die Aufgabe, den sachlichen Geltungsbereich des Art. 85 festzulegen[2]. Daraus folgt, daß zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und der Handelsbeeinträchtigung auch kein Kausalzusammenhang i. S. von Ursache und Wirkung bestehen kann. Die formale Wettbewerbsbeschränkung kann daher auch nicht durch das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung zu einer materiellen qualifiziert werden. Sie ist als solche sowohl die formale als auch die materielle Wettbewerbsbeschränkung i. S. des Art. 85 Abs. 1.

cc) Eigene Ansicht

Den angeführten Auffassungen in der Literatur über die Kriterien der Handelsbeeinträchtigung kann nicht gefolgt werden. Sie werden entweder der Ziel-

---

1) Auf diesen Unterschied weist auch SCHLUEP, Alleinvertriebsvertrag, S. 95 hin.

2) Darüber vgl. ausführlich oben S. 37.

setzung des Vertrages oder aber dem Wortlaut und Inhalt des Art. 85 Abs. 1 nicht gerecht. Diese Bedingung erfüllt allein eine Auffassung wie sie der EuGH insbesondere in seinen Entscheidungen in der Rs. 56/65[1] und der Rs. 56 u. 58/64[2] entwikkelte. Die Kriterien der Handelsbeeinträchtigung leiten sich aus dem Auftrag des Art. 85 ab, eine Grundlage für eine den Gemeinschaftszielen des Art. 2 entsprechende Wettbewerbspolitik zu bilden. Die Wettbewerbspolitik entspricht dann den Vertragszielen, wenn durch sie die Errichtung privater Handelsschranken verhindert werden kann, die die Errichtung des Gemeinsamen Marktes bzw. seinen jeweiligen Bestand gefährden[3]. D. h. immer dann, wenn die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr in der Weise berührt, daß dieser seiner Integrationsfunktion nicht vollständig nachkommen kann, liegt eine Handelsbeeinträchtigung vor. Denn in diesem Fall ist das Ziel der Errichtung eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes gefährdet.

Andererseits ist eine Handelsbeeinträchtigung und damit die Verbotswirkung des Art. 85 Abs. 1 dann nicht gegeben, wenn die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung den Gemeinsamen Markt in seiner Entwicklung und seinem Bestand nicht gefährdet.

Die Konsequenz dieser Auffassung ist:

a.) Eine Handelsbeeinträchtigung kann auch in der Steigerung des Handelsvolumens liegen, denn damit kann auch eine Behinderung der freien Zirkulation der Waren im Gemeinsamen Markt verbunden sein.

---

1) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303.

2) RsprGH Bd. XII (1966), S. 389.

3) Diese Auffassung wird im besonderen Maß dem Gesichtspunkt der fortschreitenden Integration gerecht - hierzu: KRONSTEIN, Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 112; STECKHAN, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel, S. 100.

b. Es sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen denkbar, die trotz Bezug auf den zwischenstaatlichen Handel dennoch nicht dem Verbot des Art. 85 Abs. 1 unterfallen, da sie den zwischenstaatlichen Handel nicht in der Weise nachteilig beeinflussen, daß dieser seiner Funktion der wirtschaftlichen Durchdringung des zwischenstaatlichen Marktes nicht oder nicht vollständig nachkommen kann.

Zusammenfassung zu Gliederungspunkt 23211:

Die Auslegung des Begriffs der Handelsbeeinträchtigung ergibt einen negativen und nicht bloß neutralen Sinn. Dieses Auslegungsergebnis wird bestätigt durch das für das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung gefundene Kriterium. Es besteht in der Gefährdung des Zieles eines einheitlich zwischenstaatlichen Marktes. Mithin ist die These, der Begriff der Handelsbeeinträchtigung enthalte eine negative Wertung, begründet. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel versteht sich als qualifizierende Geltungsbereichsnorm. Das bedeutet, daß das Verbot des Art. 85 Abs. 1 nur die Verhaltensweisen erfaßt, die den zwischenstaatlichen Handel in einer besonderen negativen Weise berühren. Mit dieser Qualifizierung wird etwas Mißliebiges zum Ausdruck gebracht. Dies erklärt sich daraus, daß der zwischenstaatliche Handel als ein Wert anerkannt wird, dem die Norm zu dienen beabsichtigt. Die zwischenstaatliche Handel hat mithin Rechtsgutcharakter.

Zudem erhält der Wettbewerbsschutz durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel eine Einschränkung. Nur die Verhaltensweisen i. S. des Art. 85 Abs. 1 unterfallen dem Verbot, die geeignet sind, den Handel zu beeinträchtigen. Der Wettbewerb ist nicht das einzige Schutzgut des Art. 85. Die Einschrän-

kung des Schutzes des Rechtsgutes Wettbewerb erklärt sich aus dem Bedürfnis, daneben den zwischenstaatlichen Handel als ein weiteres gleichwertiges Rechtsgut zu gewährleisten.

23212. Die eigenständige Funktion des zwischenstaatlichen Handels gegenüber dem Wettbewerb

Dem zwischenstaatlichen Handel kann auch nicht deswegen der Rechtsgutcharakter abgesprochen werden, weil seine Rolle für die Ziele der EWG bereits durch den Wettbewerb ausgefüllt werden könnte oder aber seine Bedeutung als zwischenstaatlicher Handel mit der Erreichung der vorgesehenen binnenmarktähnlichen Situation zugunsten eines "Binnenmarkthandels" schwindet[1].

Wettbewerb und zwischenstaatlicher Handel haben im Gemeinsamen Markt unterschiedliche Funktionen. Während der Wettbewerb, in gleicher Weise wie im nationalen Recht, ein Ordnungsprinzip für das Verhalten der Wirtschaftssubjekte am Markt darstellt, ist der zwischenstaatliche Handel ein besonderer, für Entwicklung und Bestand der EWG typischer Faktor, der die nationalen Volkswirtschaften zu einem Gemeinsamen Markt verflechten soll[2]. Dem Wettbewerb als das Lenkungs- und Antriebsinstrument steht als typisches Merkmal einer Wirtschaftsgemeinschaft der zwischenstaatliche Handel als Integrationsinstrument gegenüber. Bildlich gesprochen kann der zwischenstaatliche Handel als eine Brücke zwischen den ver-

---

1) In diesem Sinn BELKE in ZHR 1968, S. 252.

2) CATALANO, Manuel de droit, S. 430 führt hierzu aus: "Cette notion (le commerce entre Etats membres) a un lien évident avec la libre circulation des marchandises, objet fondamental du traité et par lequel le marché commun peut être réalisé".

schiedenen Volkswirtschaften verstanden werden, während der Wettbewerb ein Pfeiler dieser Brücke ist.

Die materielle Eigenständigkeit beider Werte wird durch eine Reihe von Vertragsvorschriften anerkannt. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Präambel selbst in Abs. IV die Gewährleistung des redlichen Wettbewerbs und eines ausgewogenen Handelsverkehrs als zwei voneinander unabhängige Ziele anerkennt. Auch Art. 29 hebt die Förderung des Handelsverkehrs (lit. a) und die Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen (lit. b) als verschiedene Aufgaben der Kommission voneinander ab. Schließlich wird die unterschiedliche Funktion beider Werte für die EWG durch Zuweisung einer besonderen Tatbestandsfunktion innerhalb der Vorschriften der Art. 85/86/92 hervorgehoben.

Auch der EuGH hat in seinen Entscheidungen Rs. 56/65[1] und insbesondere in der Rs. 56 u. 58/64[2] die unterschiedliche Bedeutung beider Merkmale anerkannt, indem er für die Frage der Handelsbeeinträchtigung andere Kriterien aufstellte als für die Frage der Wettbewerbsbeschränkung. Der zwischenstaatliche Handel ist nach Auffassung des EuGH verletzt, wenn die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise gefährdet wird, daß für die Verwirklichung des Zieles eines einheitlich zwischenstaatlichen Marktes Nachteile entstehen. Hierin liegt eine Anerkennung der Integrationsfunktion des zwischenstaatlichen Handels. Die Wettbewerbsbeschränkung wird einer davon unabhängigen Prüfung unterzogen. Hierbei wird von dem Wettbewerb als einem Marktordnungsprinzip ausgegangen.

---

1) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303 ff.

2) RsprGH Bd. XII (1966), S. 389 ff.

Der zwischenstaatliche Handel verliert auch nach vollständiger Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes seine Bedeutung als Schutzobjekt nicht. Mit dem Gemeinsamen Markt wird zwar eine binnenmarktähnliche Situation im Bereich der EWG-Mitgliedstaaten geschaffen. Mit ihm ist die Integration der Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten weitgehend vollzogen. Sie bleibt aber nur so lange erhalten, als auch weiterhin ein zwischenstaatlicher Wirtschaftsverkehr garantiert wird. Die unter anderem auch durch den zwischenstaatlichen Handel bewirkte Integration schlägt in dem Augenblick in eine Desintegration um, in dem der zwischenstaatliche Handel nicht mehr in dem gleichen Maß wie zuvor geschützt wird. Der zwischenstaatliche Handel muß daher auch nach Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes Schutzobjekt des Art. 85 Abs. 1 bleiben. Lediglich der Anlaß zu seinem Schutz ändert sich graduell. Wurde er anfangs geschützt, um sich als Intergrationselement voll entfalten zu können, so bedarf es nunmehr seines Schutzes, um einer bei seiner Verminderung entstehenden Desintegration entgegenzuwirken.

2322. Der Schutz des Wettbewerbs

Für die Annahme, der Wettbewerb sei Schutzobjekt[1] des Art. 85 Abs. 1, sprechen eine Reihe von Argumenten, die sich insbesondere aus dem Vertrag selbst ableiten lassen:

---

1) Wenn Schutzobjekt und Handlungsobjekt hier äusserlich in einem Begriff zusammenfallen, so bestehen - wie bereits oben S. 15 festgestellt - dagegen keine dogmatischen Bedenken. Der Begriff des Wettbewerbs hat somit Doppelfunktion. Er kennzeichnet sowohl das Handlungs- als auch das Schutzobjekt.

Die Präambel deutet auf die Absicht der Vertragsstaaten hin, einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten und macht auf diese Weise auf seine Bedeutung innerhalb der Vertragsvorschriften aufmerksam. Die Präambel kann zwar als weitgefaßte politische Absichtserklärung der Vertragsstaaten nicht - wie ein Gesetz selbst - eine verbindliche Aussage über den Inhalt der Wettbewerbsregeln des EWGV machen. Dennoch kann sie ähnlich der veröffentlichten oder zugänglichen Materialien zum EWGV zur Verdeutlichung der Vorstellungen der Signatarstaaten herangezogen werden[2].

In Art. 3 lit. f wird ausdrücklich die Errichtung eines Systems gefordert, das "den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt"[3].

Art. 85 ist Teil eines Kapitels des dritten Teils des Vertrages, der mit dem Wort "Wettbewerbsregeln" überschrieben ist. Das ihm auf diese Weise vorgegebene Thema nimmt Art. 85 sowohl in der Generalklausel des Abs. 1 als auch in Art. 85 Abs. 3 lit. b wieder auf. Verboten sind nach Abs. 1 Verhaltensweisen, die den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen. Wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen können gemäß Art. 85 Abs. 3 selbst

---

1) Absatz IV der Präambel zum EWGV. Gleiche Bedeutung haben die Begriffe "la loyauté de la concurrence" im französischen, "la lealtà nella concorrenza" im italienischen und "de eerlikheid in de mededinging" im niederländischen Text.

2) Auch der EuGH verweist darauf, daß die Präambel bei der Auslegung der EWG-Wettbewerbsregeln mit herangezogen werden soll - RsprGH Bd. XII (1966), S. 483.

3) In dieser Hinsicht decken sich alle gleichermaßen verbindlichen Vertragstexte (Art. 248 EWGV): der französische Text verwendet den Begriff "assurer", der italienische "garantire" und der niederländische das Wort "gewaarborgd".

dann nicht freigestellt werden, wenn sie trotz Erfüllung der positiven Freistellungsvoraussetzungen geeignet sind, auf einem relevanten Markt den Wettbewerb auszuschalten.

Auch Art. 86/90/91 und 92 machen sich die Erhaltung des Wettbewerbs sowie gleicher Wettbewerbsbedingungen zur Aufgabe und stehen daher in enger Verbindung mit Art. 85. Sie bilden mit ihm eine Normengruppe, die den Wettbewerb bzw. die Gleichheit der Wettbewerbschancen zu gewährleisten trachten.

Es ergibt sich mithin als Zwischenergebnis, daß Art. 85 zwei Schutzgegenstände enthält, die in der Verbotsnorm selbst genannt werden: Den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr und den Wettbewerb.

2323. Der Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit

23231. Allgemeine Bemerkungen

Aus dem Zwischenergebnis, der zwischenstaatliche Handel und der Wettbewerb sei ein Schutzobjekt des Art. 85 EWGV, ist noch keine endgültige Lösung der Schutzzweckfrage zu entnehmen. Zur Feststellung, ob diese Rechtsgüter im Interesse des Einzelnen oder aber der Allgemeinheit geschützt werden, ob sie demnach einen Schutzzweck i. S. des § 823 Abs. 2 BGB haben oder nicht, sind weitere Ermittlungen anzustellen.

Demgegenüber würde mit einer Auffassung, die das eigentliche Schutzgut des Art. 85 in der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer sieht, eine unmittelbare Antwort auf die Schutzzweckfrage und damit auch auf die Frage nach der Schutzgesetzeigenschaft des Art. 85 gefunden. Denn die wirtschaftliche Betätigungsfrei-

heit ist ein Individualrechtsgut. Träger dieses Rechtsgutes ist somit der Einzelne. Der Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit wäre demnach gleichbedeutend mit dem Schutz eines bestimmten Betätigungsbereiches eines Einzelnen vor Eingriffen anderer. Es läge ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB vor.

23232. Die Argumente für den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit

Es wurden in der Literatur im wesentlichen vier Argumente vorgebracht, um den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit in Art. 85 Abs. 1 zu begründen.

a) Zum einen wird der Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aus dem Schutz des Wettbewerbs abgeleitet. Art. 85 schütze den freien Wettbewerb. Daraus wird individualisierend der Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als die wesentliche Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs entnommen[1].

b) Ferner wird behauptet, die Staatsgewalt der Bundesrepublik treffe eine sich aus den Grundrechten ableitende Verpflichtung zum Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit vor privaten Eingriffen. Diese Schutzpflicht gebiete es der Judikative, das Rechtsgut der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit auch bei der Auslegung und Anwendung des Art. 85 zu schützen[2].

---

1) v.d.GROEBEN in Europa-Archiv 1961, S. 647, ders. in WuW 1964, S. 1007; E. KOCH, Schadensersatz, S. 30; STECKHAN, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel, S. 124; BELKE in ZHR 1968, S. 247 ff.

2) E. KOCH, Schadensersatz, S. 54 ff.

c) Des weiteren wird darauf hingewiesen, daß es Art. 85 neben der Erhaltung der Freiheit im Wettbewerb um die Gewährleistung des freien Handelsverkehrs gehe. Da die Freiheit des Handelsverkehrs nicht in einem objektivierten Sinn als Freiheit des Warenverkehrs, sondern individualisierend als Freiheit im Handel zu verstehen sei, könne in ihr eine besondere Ausgestaltung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gesehen werden. Es gehe um die Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer, sich im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr zu betätigen[1].

d) Schließlich wird die Meinung vertreten, der EuGH habe in seinen jüngsten Entscheidungen, in denen er allgemeine Prinzipien für die Auslegung des Art. 85 aufstellte, das von ihm als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal anerkannte Spürbarkeitselement an der individuellen wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gemessen. Daraus sei zu schließen, der EuGH habe auch diese individuelle Freiheit als Schutzgut des Art. 85 anerkannt[2].

23233. Stellungnahme zu den einzelnen Argumenten

Zu a): Dem Wettbewerb als volkswirtschaftlichen Begriff, als die Beschreibung einer Marktsituation ist die Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung als rechtlicher und gesellschaftspolitischer Begriff verwandt, aber nicht identisch. Es ist nicht angängig, in Anlehnung an die Individualschutzlehre

---

1) STECKHAN, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel, S. 124 ff; HILDEBRANDT, Diss. Heidelberg, S. 114; SCHLUEP, Alleinvertriebsvertrag, S. 144.

2) E. KOCH, Schadensersatz, S. 39; BELKE in ZHR 1968, S. 249.

im deutschen GWB[1] den Schutz des Wettbewerbs als Institution und den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als zwei notwendigerweise zusammengehörige Aufgaben anzusehen[2].

Der Bestand einer Wettbewerbsordnung ist davon abhängig, daß die Unternehmen als Subjekte dieser Ordnung ungehindert Zugang zum Markt finden und sich auf dem Markt frei entfalten können. Zum anderen setzt sie voraus, daß die Marktteilnehmer als Lieferanten oder Endabnehmer sich ihrerseits ihren Marktpartner frei auswählen können. Der Begriff der materiellen Wettbewerbsbeschränkung kann daher im Anschluß an FIKENTSCHER[3] auch als die Einschränkung der Wahl- und Ausweichmöglichkeiten der nicht-absprachebeteiligten Marktteilnehmer verstanden werden. Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit kann somit auch als ein Prüfungsmaßstab für die Wettbewerbsbeschränkungen dienen.

Der Prüfungsmaßstab als ein verfahrenstechnisches Mittel zur Feststellung der Wettbewerbsbeschränkung ist jedoch von der Schutzgutfrage zu unterscheiden. Die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit mag faktischer Bezugspunkt der Wettbewerbsbeschränkung sein, daraus ist jedoch noch nicht zu schließen, daß sie auch Schutzobjekt der Verbotsnorm ist. Ob sie Schutzobjekt ist, kann nur durch Auslegung des Art. 85 festgestellt werden, wobei den Eigenheiten und der

---

1) Vgl. oben S. 18 ff.

2) In diesem Sinn zum deutschen Kartellrecht z. B. GRIESBACH in BB 1962, S. 1013: "Wettbewerb als Institution und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit sind zwei Seiten ein und derselben Medaille".

3) FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 45 ff; BORCHARDT/FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 26 ff; FIKENTSCHER in WuW 1961, S. 788 ff; BELKE in ZHR 1968, S. 247 ff.

Zielsetzung des Gemeinschaftsrechts Rechnung getragen werden muß[1].

Eine Wettbewerbsrechtsordnung kann sich damit begnügen, den Wettbewerb als solchen oder aber im Interesse eines besonderen höherrangigen Zieles, das nicht mit der individuellen Betätigungsfreiheit identisch zu sein braucht, zu schützen. Durch den Schutz des Wettbewerbs entsteht zwar regelmäßig eine faktische Schutzwirkung zugunsten der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der einzelnen Marktnehmer. Diese Schutzwirkung braucht jedoch nicht Anliegen der jeweiligen Wettbewerbsregelung zu sein. Sie kann es vielmehr anderen außerhalb des Wettbewerbsschutzsystems stehenden Rechtsvorschriften überlassen, die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung zu garantieren. Das Wettbewerbsschutzsystem kann sich darauf beschränken, lediglich wirtschaftspolitischen Erwägungen folgend, auf einen Ausgleich der sich am Markt treffenden generellen und speziellen Freiheitsrechte, wie sie sich im Wettbewerb konkretisieren, zu achten. Für die Frage, ob eine Wettbewerbsschutzordnung auch die weitere gesellschaftspolitische Forderung nach wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit aufnimmt, kommt es im wesentlichen darauf an, welcher Gesamtrechtsordnung das Wettbewerbsrecht unterstellt ist. Steht es innerhalb einer Rechtsordnung, deren oberste Ziele die Wahrung der Menschenwürde und die Freiheit der

---

1) Ein Beispiel für die Tendenz zur unzulässigen Verbindung beider Gesichtspunkte geben die Ausführungen von BELKE, a.a.O., S. 239 ff: obwohl BELKE zunächst eine generelle Unterscheidung zwischen dem Maßstab der Wettbewerbsbeschränkung und dem Schutzzweck einer Kartellvorschrift vornimmt, a.a.O., S. 247 , zieht er schließlich S. 249, doch Schlußfolgerungen von dem gewonnenen Prüfungsmaßstab auf einen Individualschutz.

Persönlichkeitsentfaltung sind - wie sie beispielsweise im Grundgesetz verankert sind -, orientiert sie sich somit auch in einem erheblichen Maß an der Individualität und ihren Entfaltungsmöglichkeiten, so spiegeln die in sie eingegliederten Teilrechtsordnungen diese Leitideen wieder[1].

Anders ist es jedoch dann, wenn die Wettbewerbsordnung Bestandteil einer Rechtsordnung ist, deren Zielsetzung politischer oder (und) wirtschaftspolitischer Art ist und der es nicht um einen höherrangigen Verfassungsauftrag geht, Persönlichkeitsrechte zu wahren. In diesem Fall stehen die Individualität und ihre Freiheitsrechte im Hintergrund. Maßgebend ist allein die politische und wirtschaftspolitische Zweckerreichung. Die Wettbewerbsrechtsordnung wird sich dann auf die Erreichung dieser Ziele beschränken und den Schutz der Individualität und deren Freiheitsrechte als gegenüber den allgemeinen Zwekken fremde Erscheinung ausklammern.

Demnach kann die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit nur dann ein Schutzgut des Art. 85 Abs. 1 sein, wenn dieser sich in gleicher Weise wie das nationale Kartellrecht der BRD an im Vertrag selbst vorgesehenen generellen Freiheitsrechten - ähnlich den Grundrechten - oder aber direkt an den Grundrechten der nationalen Verfassungen orientieren kann, dieses gleichsam wegen seiner Bindung an höherrangiges Recht in seinen Schutzbereich aufnimmt.

---

1) Ein wesentliches Argument der Individualschutzlehre im deutschen GWB stützt sich auf die enge Beziehung der Vorschriften des GWB zu den Freiheitsrechten der Art. 2 und 12 GG. Vgl. NIPPERDEY in WuW 1954, S. 211 ff; GÜNTHER in WuW 1958, S. 379, ders. in WuW 1960, S. 747, ders. in WuW 1964, S. 117; RAISER in JZ 1958, S. 1 ff; BRUGGER in WuW 1959, S. 468; KOENIGS in GRUR 1958, S.589, ders. in NJW 1961, S. 1041; FIKENTSCHER, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, S. 230 f; BIEDENKOPF, Aktuelle Grundsatzfragen, S. 11, 15ff; BAUMBACH/HEFERMEHL, Kom. z. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Einl. 1 zum GWB.

Es wird geltend gemacht, daß es auch der EWG um die Wahrung der Freiheit schlechthin gehe [1]. Hierbei wird insbesondere auf eine liberalistische Basis des Vertrages verwiesen und betont, daß"das Vertragswerk als Ganzes auf den Prinzipien einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung beruht, die die Freiheit der individuellen Entscheidung garantiert"[2].

In der Tat wird in Abs. VIII der Präambel der Begriff der Freiheit ausdrücklich verwendet. Der Vertrag selbst stellt in Art. 3 lit. a mit der Befreiung des Warenverkehrs von Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen und der Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr nach Art. 3 lit. c ein Liberalisierungsprogramm auf. Dementsprechend enthält der Titel I und Titel III des zweiten Teils des Vertrages Vorschriften für den freien Warenverkehr, die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungsfreiheit und die Freiheit im Dienstleistungs- und Kapitalverkehr.

Es wäre jedoch verfehlt, wollte man dem Wortlaut der Präambel und diesen speziellen Liberalisierungsvorschriften ein generelles, das gesamte Gemeinschaftsrecht überstrahlendes Freiheitsrecht entnehmen, das als solches auch durch Art. 85 vor Eingriffen Privater geschützt werden müßte[3]. Denn der Sinnzusammenhang des Art. VIII der Präambel ergibt, daß die Freiheit als politische Freiheit verstanden werden soll, als Freiheit vor Eingriffen seitens des Staates im Gegensatz zur wirtschaftlichen Betä-

---

1) Vgl. hierzu v.d. GROEBEN, Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 49 ff, ders. in WuW 1964, S. 1007.

2) v.d. GROEBEN, Kartelle und Monopole, Bd. I, S. 49 ff; ähnlich GÜNTHER, Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung, S. 106.

3) In diesem Sinn v. BRUNN, Kartellrundschau, Heft 6, S.22.

tigungsfreiheit, der Freiheit vor privater wirtschaftlicher Macht. Abs. VIII der Präambel versteht sich als Bestätigung der Entschlossenheit der Vertragsstaaten, auf der Basis einer europäischen Wirtschaftsgemeinschaft den europäischen Völkern den Frieden und die Freiheit vor politischer Gewalt unter sich und gegenüber anderen zu sichern.

Die Wettbewerbsregeln des dritten Teils des Vertrages unterscheiden sich auch inhaltlich von den Regelungen des I. und III. Titels des zweiten Teils des Vertrages. Den letztgenannten Vorschriften geht es um die Befreiung des Waren- und Geldverkehrs und der Staatsbürger der Mitgliedstaaten vor staatlichen Beschränkungen. Die Vorschriften richten sich daher an die Mitgliedstaaten. Diese werden als Vertragspartner aufgerufen, im Interesse der Errichtung und Erhaltung des Gemeinsamen Marktes gewisse, für diesen typische Freizügigkeiten und Freiheiten zu schaffen. Anders dagegen die Wettbewerbsregeln, die von dem Bestand der Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung ausgehen und sich daher darauf beschränken, die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen aufzufordern, im Interesse des Gemeinsamen Marktes den Wettbewerb als Ausfluß der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zu achten.

Der EuGH hätte in mehreren Entscheidungen[1], in denen er sich mit der Auslegung des Art. 85 EWGV befaßte und hierfür allgemeine Kriterien aufstellte, Gelegenheit gehabt, zu der Frage, ob die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit geschützt wird, Stellung zu nehmen. Wenn der EuGH dies dennoch nicht getan hat, sondern vielmehr, sowohl bei der Auslegung

---

1) Insbesondere Rs. 56/65 RsprGH Bd. XII (1966), S. 302 ff und Rs 56 u. 58/64 RsprGH Bd. XII (1966), S. 389 ff.

des Merkmals der Handelsbeeinträchtigung als auch desjenigen der Wettbewerbsbeschränkung, im weitesten Maß auf markt- und strukturpolitische Kriterien abstellte, so kann hierin ein Hinweis gesehen werden, daß er der Wettbewerbsbestimmung des Art. 85 keinen an dem Individuum ausgerichteten Schutz entnehmen konnte und wollte.

Es wäre irrig, dies aus dem von dem EuGH in den genannten Entscheidungen gebrauchten Begriff der Wettbewerbsfreiheit[1)2)] schließen zu wollen. Die Freiheit kann zwar als individualbezogen, sie kann aber auch i. S. eines freien Wettbewerbs, eines für die Allgemeinheit zugänglichen Wettbewerbs[3)], verstanden werden.

Wenn der EuGH von dem "Grundsatz"[4)] der Wettbewerbsfreiheit spricht, so liegt darin bereits nach juristischer Terminologie ein Hinweis auf Ausnahmemöglichkeiten. Gerade diese Ausnahmen würden aber mit einem Individualschutz nicht zu vereinbaren sein. Zudem hätte es im Fall der Anerkennung des Schutzes einer individuellen Freiheit durch den EuGH einer eingehenden Begründung bedurft, da Art. 85 wie die gesamte EWG-Vertragsordnung vom Wortlaut her keinen Hinweis auf dieses Rechsgut gibt. Selbst aber wenn unterstellt wird, der EuGH hätte die individuelle Betätigungsfreiheit ansprechen wollen, so hätte er dann zumindest dieses

---

1) Vgl. RsprGH Bd. XII (1966), S. 390.

2) BELKE in ZHR 1968, S. 245 f unterstellt dem EuGH, daß er mit der Verwendung des Begriffs der Wettbewerbsfreiheit auf die individuelle wirtschaftliche Betätigungsfreiheit hingewiesen habe.

3) Eine solche allgemeine Freiheit sieht beispielsweise THIESING in v.d.Groeben/v.Boeckh, Vorbem. 9 vor Art. 85 als Schutzgut des Art. 85 an.

4) EuGH, a.a.O., S. 390.

Schutzgut in seinen weiteren Erörterungen zu Art. 85 verwenden können. Es hätte ihm u.a. die Aufstellung von Kriterien für eine Spürbarkeitsanalyse wesentlich erleichtert.

Die Freiheitsgarantien der nationalen Verfassungen können nicht in gleicher Weise auf die Gemeinschaftsrechtsnormen einwirken wie auf originär nationales Recht. Es verbietet sich einmal aus dem Gedanken der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts[1)2)], die dieses auch gegenüber den nationalen Grundrechten behauptet[3)].

Zudem würden dieser These insofern Bedenken entgegenstehen, als nicht gewährleistet ist, daß sämtliche nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit in der gleichen Weise zu einem Leitbild der Auslegung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften machen, wie es in der deutschen Rechtsordnung durch Art.2 Abs. 1 und Art. 12 GG geschehen ist. Das Gemeinschaftsrecht würde bei unterschiedlicher Interpretation im innerstaatlichen Bereich in den verschiedenen Mitgliedstaaten jeweils unterschiedliche Wirkungen haben. Dies aber widerspräche dem Wesen des Gemeinschaftsrechts als einer Rechtsordnung, deren Normen in allen Mitgliedstaaten gleiche

---

1) Vgl. hierzu die oben S.25 angegebene Literatur.

2) Eigenständig heißt auch aus sich heraus verständlich.

3) Diese Frage ist von der zu unterscheiden wie Gemeinschaftsrecht zu behandeln ist, das nationalem Verfassungsrecht widerspricht; hierzu vgl. KUCHENHOFF in DÖV 1963, S. 166 ff; CONSTANTINESCO in JuS 1965, S. 342 ff.

Bedeutung[1] zukommen muß. Andernfalls würde es seine Eigenheit als Gemeinschaftsrecht, d. h. als ein zur Grundlage für eine Wirtschaftsgemeinschaft aller sechs Mitgliedstaaten in einem Gesamtakt mit gleichen Bindungen und Verpflichtungen gesetztes Recht verlieren.

Zu b): Der Grundsatz der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts verbietet es, die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als Rechtsgut nationaler Gesetzesbestimmungen, gleichgültig auf welchem Weg, in das Gemeinschaftsrecht hineinzutragen.

E. KOCH[2] will im Rahmen der Wettbewerbsregeln des EWGV das Rechtsgut der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit deswegen als zumindest mitgeschützt ansehen, weil der nationale Richter aufgefordert sei, bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts die von der nationalen Rechtsordnung insbesondere durch Grundrechte vorgegebenen Wertvorstellungen zu berücksichtigen. Da das Gemeinschaftsrecht innerstaatlich geltendes Recht - also keine fremde Rechtsordnung - sei, könne sich der nationale Richter bei der An-

---

1) Der Grundsatz der gleichen Bedeutung ergibt sich, worauf CONSTANTINESCO, a.a.O., zu Recht hinweist, u.a. aus Art. 177 EWGV. Danach ist dem EuGH ein Auslegungsmonopol zugewiesen. Es soll einer unterschiedlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch nationale Gerichte entgegenwirken und der Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts dienen. Dieser Grundsatz wird ferner durch Art. 215 Abs. 2 EWGV bestätigt, der nur zur Regelung bestimmter Fragen einen Rückgriff auf das nationale Recht zuläßt. Dies aber auch nur unter der Voraussetzung, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten "gemeinsam" sind.
Die Beeinflußbarkeit des Gemeinschaftsrechts durch die innerstaatliche Rechtsordnung ist auch nach der Ansicht von PRASCH, Die unmittelbare Wirkung, S. 145 ausgeschlossen.

2) E. KOCH, Schadensersatz, S. 54 ff.

wendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts an den grundrechtlich garantierten Rechtswerten orientieren[1].

Der genannte Autor erkennt jedoch selbst an, daß damit der Schluß auf den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch die der Gemeinschaftsordnung angehörenden Wettbewerbsregeln noch nicht zwingend sei. Denn der nationale Richter sei nicht ohne weiteres verpflichtet, die Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts entsprechend diesem Grundsatz vorzunehmen, und könne das Gemeinschaftsrecht in Anerkennung seiner Eigenständigkeit aus sich selbst heraus verstehen, auslegen und anwenden. E. KOCH leitet daher aus Art. 1 Abs. 3 GG die Verfassungsgebundenheit des nationalen Richters bei Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts ab[2]. Auf dem Umweg über den gemäß Art. 1 Abs. 3 GG gebundenen nationalen Richter schlägt E. KOCH die Brücke zwischen dem durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Recht der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit und dem Schutzzweck des Art. 85 EWGV.

An anderer Stelle erkennt E. KOCH jedoch an, daß die Ermittlung des Schutzzwecks durch Auslegung des Art. 85 in den Kompetenzbereich des EuGH gemäß Art. 177 lit. a fällt[3]. Demzufolge muß er auch die

---

1) E. KOCH, Schadensersatz, S. 56.

2) E. KOCH, Schadensersatz, S. 54.

3) E. KOCH, a.a.O., S. 10. Mißverständlich ist der auf S. 10, Fn. 4 erfolgte Hinweis auf eine scheinbar andere Auffassung von DAIG in AÖR 1958, S. 132 und MÜHLENHÖFER in v.d. Groeben/v. Boeckh, Anm. 2a zu Art. 177. Diese Autoren sprechen dem EuGH nur die Kompetenz ab, die Wirkungen einer ihrem Inhalt nach feststehenden Norm des Gemeinschaftsrechts im nationalen Rechtsbereich festzulegen. Sie bestreiten dagegen nicht dessen Befugnis zur Bestimmung des Schutzcharakters einer Gemeinschaftsnorm selbst. Hier handelt es sich um eine Auslegungsfrage die auch in die Auslegungskompetenz des EuGH nach Art. 177 EWGV fällt.

Vorabentscheidungskompetenz des EuGH i. S. des Art. 177 Abs. 1 und Art. 177 Abs. 2 anerkennen. Daraus folgt aber letztlich, daß er der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts und damit verbunden dem Grundsatz der gleichen Bedeutung[1] Rechnung tragen will. Es ist daher unverständlich, daß er andererseits den die Vorschrift des Art. 85 auslegenden Richter dessen ungeachtet an nationale Wertentscheidungen binden will. Der EuGH, der diese Auslegung im Falle einer Vorlage nach Art. 177 Abs. 2 oder Art. 177 Abs. 3 zu bestätigen hätte, könnte, da er die Auslegung allein aus dem Gemeinschaftsrecht heraus vornehmen müßte, danach zu anderen Ergebnissen über die Schutzzweckfrage gelangen als die nationalen Gerichte. Eine Auslegungsdivergenz zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH sowie zwischen verschiedenen nationalen Gerichten untereinander wäre die Folge.

Die Unhaltbarkeit der KOCH'schen These wird aber besonders dadurch deutlich, daß er über die formale Bindung des nationalen Richters an das Grundgesetz den Art. 85/86 den materiellen Gehalt i. S. der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit geben will. E. KOCH entnimmt den EWG-Wettbewerbsregeln das Schutzgut der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit nicht unmittelbar mittels Auslegung. Vielmehr sieht er die nationale rechtsprechende Gewalt aus ihrer Grundrechtsbindung über Art. 1 Abs. 3 GG für verpflichtet an, dieses Schutzgut als den Art. 85/86 zugehörig anzuerkennen und bei der Auslegung und Anwendung dieser

---

1) Ein Hinweis hierfür liegt in dem Satz von E. KOCH, a.a.O., S. 56: "... das neben dem innerstaatlichen Recht geltende Gemeinschaftsrecht".

Vorschriften zu berücksichtigen. Die Aufgabe dieses Rechtsgut zu schützen, gibt nach der Auffassung dieses Autors ein Indiz dafür, daß Art. 85 und Art. 86 in gleicher Weise wie das nationale Kartellrecht eine Privatrechtsordnung bilden, d. h. eine Rechtsordnung zum Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des Einzelnen vor Eingriffen durch andere Privatpersonen[1].

Diese Meinung verwischt die Grenze zwischen der Grundrechtsbindung der Judikative nach Art. 1 Abs. 3 GG und der Grundrechtsgebundenheit des materiellen Rechts seinerseits. Gerade im Bereich des materiellen Zivilrechts, um den es sich nach der KOCH'schen These hier handelt, gilt die Bindung nach Art. 1 Abs. 3 GG zunächst nur für die Verfahrensgestaltung und äußere Urteilsfindung. Dagegen hängt die inhaltliche Bindung der Rechtsprechung davon ab, inwieweit das materielle Zivilrecht selbst unter Grundrechtsbindung steht[2]. Eine Lehre, wie sie E. KOCH vertritt, hätte zur Folge, daß auf dem Umweg einer Bindung der Rechtsprechung (formale Bindung) über Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte absolute Wirkung im Privatrecht erhalten würden. Ihr müßte daher allein schon wegen der sich daraus ergebenden Gefährdung der Privatautonomie entgegengetreten werden[3]. Darüber hinaus würden einer mittelbaren Grundrechtsbindung gemeinschaftsrechtlicher Normen die gleichen

---

1) E. KOCH, a.a.O., S. 34.

2) MAUNZ/DÜRIG, Grundgesetz-Kom., Rz. 118ff zu Art. 1 führen insbesondere in Rz. 121 aus: "Es wäre verfehlt, wollte man von der Tatsache, daß Rechtsprechung immer hoheitliche, darum grundrechtsgebundene Gewaltausübung ist, Rückschlüsse auf die unmittelbare Grundrechtsgebundenheit des materiellen Zivilrechts ziehen".

3) Gegen derartige Wirkungen der Grundrechte wenden sicht mit Recht MAUNZ/DÜRIG, Grundgesetz-Kom., Rz. 127 ff zu Art. 1 GG.

Bedenken aus dem Grundsatz der Einheitlichkeit[1] des Gemeinschaftsrechts entgegenstehen, die bereits gegen eine unmittelbare Bindung des Gemeinschaftsrechts an nationale Wertentscheidungen geltend gemacht wurden.

Zu c): Während nach den vorgenannten Argumenten das Rechtsgut der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit entweder unmittelbar aus dem Wettbewerbsbegriff oder aber aus einem Bezug der Wettbewerbsordnung zu höherrangigen Rechtsgrundsätzen abgeleitet werden sollte, so wird von anderer Seite dem Merkmal des zwischenstaatlichen Handels in Art. 85 Abs. 1 ein Hinweis auf das Schutzgut der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit entnommen. Der Begriff des Handels wird individualisierend i. S. der Freiheit der Einzelnen im zwischenstaatlichen Handel verstanden. Der Inhalt des in der Zwischenstaatlichkeitsklausel verwendeten Begriffs wird nicht nur i. S. eines Ungehindertseins und Freiseins des Handels verstanden, sondern insbesondere als Freiheit des Einzelnen zum Handel, so daß sich also die Freiheit von dem volkswirtschaftlichen Begriff des Handels löst und ihre Beziehung in den Einzelnen als Träger dieser Freiheit sucht. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung als individuelles Recht erfährt demnach in dem Begriff des Handels eine besondere Ausgestaltung.

Der Inhalt des Handelsbegriffs könnte dann nicht i. S. der individuellen Handelsfreiheit verstanden werden, wenn dieser Begriff quantitativ[2] aufgefaßt und lediglich als Handelsvolumen verstanden würde.

---

1) Vgl. oben S.63 ff.

2) In diesem Sinn SÖLTER in WuW 1961, S. 666 ff, ders. Kartellrundschau, Heft 6, S. 78 ff.

Es wurde jedoch bereits im Rahmen der Inhaltsbestimmung des Wortes "beeinträchtigen"[1] darauf hingewiesen, daß ein quantitativer Handelsbegriff sich nicht mit der von Artikel 85 verfolgten Zielsetzung verträgt, einen ungehinderten Warenaustausch zwischen sämtlichen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, um auf diese Weise der Errichtung des Gemeinsamen Marktes und seinem Bestand zu dienen. Nicht nur soll die Menge der über die Grenze ausgetauschten Waren angehoben werden, sondern die Aussicht auf ungehinderte Zirkulation der Waren soll die Marktteilnehmer zur vorbehaltlosen Ausrichtung auf die Großraumwirtschaft im Gemeinsamen Markt anregen. Eine quantitative Betrachtungsweise würde dem Prinzip der freien Zirkulation der Waren nicht gerecht werden[2]. Der Zielsetzung des EWGV kann vielmehr nur ein qualitativer Handelsbegriff entsprechen. Er allein kann dem Erfordernis eines ungehinderten Wirtschaftsverkehrs als Mittel zur Integration der Märkte genügen. Der Inhalt des Begriffs Handel muß daher in der Freiheit des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs gesehen werden[3].

Die Freiheit des Handels ist jedoch zu unterscheiden von der Freiheit im Handel, so wie die Freiheit des Wettbewerbs von der Freiheit im Wett-

---

1) Vgl. oben S. 41 ff.

2) Dies zeigt sich am Beispiel der Alleinvertriebsverträge mit Gebietsschutzklauseln, sowie an Exportverboten; im übrigen vgl. die bei STECKHAN, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel, S. 121 genannten Beispiele.

3) In diesem Sinn RsprGH Bd. XII (1966), S. 390: "In diesem Zusammenhang kommt es insbesondere darauf an, ob die Vereinbarung ... geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten zu gefährden". Ferner STECKHAN, Kartelle und zwischenstaatlicher Handel, S. 124; HILDEBRANDT, Diss. Heidelberg, S. 111 ff.

bewerb zu unterscheiden ist. Während die Freiheit des Handels auf eine generelle Freiheit des Handelsaustausches i. S. eines Ungehindertseins des Handels an sich hinweist, ist der Begriff Freiheit im Handel individualbezogen. Sie spricht die Freiheit der einzelnen Marktteilnehmer, die ein Interesse an einem zwischenstaatlichen Wirtschaftsaustausch haben, an.

Nur die Auslegung des Handelsbegriffs i. S. einer Freiheit des Handels[1] hält sich an den Wortlaut des Art. 85 Abs. 1 sowie an dessen Sinn und Zweck und an seine Bedeutung für die Zielsetzung des EWGV.

Die Zwischenstaatlichkeitsklausel verwendet lediglich den Begriff "Handel". Eine Individualbezogenheit wird auch hier nicht zum Ausdruck gebracht. Der Handel erscheint in dieser Formulierung lediglich als ein volkswirtschaftlicher Begriff.

Der EuGH hat in der Rs. 56/65[2] darauf hingewiesen, daß die Zwischenstaatlichkeitsklausel in einem engen Zusammenhang mit den einleitenden Worten "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar" zu sehen sei. An diesem Zusammenhang hat sich nicht nur die Frage nach dem Sinngehalt des Wortes "beeinträchtigen", sondern auch die Frage nach Sinn und Zweck des Art. 85 Abs. 1 als solchem und dem Inhalt seiner Tatbestandsmerkmale, also auch des Handelsbegriffs, auszurichten.

Der Gemeinsame Markt ist eine wirtschaftsrechtliche Institution[3], deren Entstehen und Bestand u.a. von einem ungehinderten Handelsaustausch zwischen Mitgliedstaaten abhängig ist. Dem Gemeinsamen Markt

---

1) Auch der EuGH, RsprGH Bd. XII (1966), S. 390 verwendet den Begriff der Freiheit des Handels und versteht ihn demnach nicht in einem individualbezogenen Sinn.

2) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303.

3) Vgl. dazu unten S.86 ff.

als Institution volkswirtschaftlichen Ursprungs steht der zwischenstaatliche Handel als eine gleichermaßen volkswirtschaftliche Erscheinung gegenüber. Die individuelle Freiheit zum zwischenstaatlichen Handelsaustausch ist lediglich die Voraussetzung für den angestrebten aktuellen oder potentiellen Wirtschaftsverkehr. Verwirklichung und Existenz des Gemeinsamen Marktes ist abhängig von einem Integrationsfaktor, wie ihn der zwischenstaatliche Handel darstellt. Der Vertrag kann sich damit begnügen, diesen zu schützen. Die individuelle Handelsfreiheit dagegen steht außerhalb der Zielsetzung des Vertrages[1]. Würde der Schutz des zwischenstaatlichen Handels mehr i. S. eines Schutzes der auf den Einzelnen bezogenen Handelsfreiheit verstanden werden, so würde damit ein abstraktes, vertragsfremdes Kriterium in das Vertragssystem hineingelesen. Es würde durch Art. 85 Abs. 1 EWGV nicht das eigentlich integrierende Element des faktischen oder potentiellen Handels angesprochen werden, sondern eine außerhalb des eigentlichen Vertragszieles stehende abstrakte Größe. Das Vertragswerk der EWG aber ist darauf angelegt, typisch gemeinschaftliche Elemente in seinen Regelungsbereich aufzunehmen. Der zwischenstaatliche Handel ist jedoch ein ganz besonders typisches Element dieser Art; anders dagegen die Handelsfreiheit i. S. einer Freiheit zur wirtschaftlichen Betätigung. Diese Größe ist zwar Bedingung für einen reibungslosen bestehenden oder möglichen Handel. Sie steht jedoch außerhalb des Regelungsbereiches des Gemeinschaftsrechts und unterfällt lediglich dem des nationalen Rechts.

---

1) Insofern gilt das gleiche, was oben S. 58. zur individuellen Wettbewerbsfreiheit ausgeführt wurde.

Zu d): Die EWG-Kommission interpretierte das Wettbewerbsbeschränkungsverbot des Art. 85 Abs. 1 bei dem Erlaß eines Negativattestes in der Sache Grosfillex-Fillistorf[1] erstmalig dahingehend, daß von der Verbotsvorschrift nur die Wettbewerbsbeschränkungen betroffen werden sollen, die innerhalb des Gemeinsamen Marktes "spürbar" sind. Das Spürbarkeitsmerkmal wurde von der Kommission in nachfolgenden Entscheidungen[2] als ein ungeschriebenes, aber feststehendes Tatbestandsmerkmal des Art. 85 Abs. 1 anerkannt.

Der EuGH übernahm in seinem Urteil vom 30. Juni 1966[3] dieses Merkmal und bestätigte damit dessen Bedeutung im Rahmen des Wettbewerbsbeschränkungsbegriffs, d. h. seine materielle Funktion als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 85 Abs. 1.

Das Spürbarkeitsmerkmal zwingt innerhalb des Verbotstatbestandes des Art. 85 Abs. 1 zu einer Abwägung der spürbaren und damit verbotenen von den nicht spürbaren und damit erlaubten Wettbewerbsbeschränkungen.

Ist die Abwägung nach wirtschaftspolitischen Erwägungen i. S. einer Ermittlung des Grades der ungünstigen Beeinflussung des Marktgeschehens vorzunehmen, so wird über das Spürbarkeitsmerkmal ein wirtschaftspolitischer Gesichtspunkt auch in den Verbotstatbestand des Art. 85 Abs. 1 hineingetragen.

---

1) Negativattest vom 11. März 1964 (Grosfillex), ABlEG 1964, S. 915 ff.

2) Feststellung der Zuwiderhandlung vom 23. September 1964 (Grundig), ABlEG 1964, S. 2545 ff; Freistellung vom 8. Juli 1965 (Blondel), ABlEG 1965, S. 2194 ff; Freistellung vom 17. September 1965 (Isbecque), ABlEG 1965, S. 2581 ff; Freistellung vom 17. Dezember 1965 (Maison Jalatte), ABlEG 1966, S. 37 ff.

3) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303 ff.

Das Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung erhielte bereits durch das Spürbarkeitselement einen Bezug auf strukturpolitische Ziele. Nur wenn bestimmte Marktverhältnisse spürbar beeinträchtigt werden könnten (Zweck) oder tatsächlich würden (Wirkung), würde die Verbotswirkung des Art. 85 Abs. 1 eintreten. Dies wäre ein Indiz dafür, daß sich das Verbot des Art. 85 Abs. 1 und seine Schutzfunktion nicht an Einzelne als Träger individueller Freiheiten, sondern an strukturpolitischen Zielen ausrichtet.

Diese Konsequenz wird von den Vertretern der Individualschutzlehre zu Art. 85 gesehen. Sie bemühen sich daher nachzuweisen, daß der EuGH in der Rs. 56/65[1], in der er insbesondere auch zum Spürbarkeitstest Stellung genommen hat, für diesen nicht Marktbeeinflussungskriterien aufgestellt habe, sondern die individuelle wirtschaftliche Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer[2] zum Bezugspunkt der Spürbarkeit gemacht habe.

E. KOCH[3] behauptet, der EuGH hätte anläßlich der Spürbarkeitsuntersuchung allein auf die "konkrete Behinderung einzelner Wettbewerber" abgestellt. E. KOCH gibt keine nähere Begründung für diese Behauptung, was erforderlich gewesen wäre, weil die Ausführungen des EuGH eher einen gegenteiligen Schluß zulassen. Auch die Argumentation von BELKE, der darauf hinweist, daß mit dem vom EuGH benutzten Begriff einer "hinreichenden Beeinträchtigung des Wettbewerbs[4] "wohl"[5] ein bestimmter Grad an schädlicher Freiheits-

---

1) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303 ff.

2) Vgl. E. KOCH, Schadensersatz, S. 39; BELKE in ZHR 1968, S. 252 ff.

3) a.a.O., S. 40.

4) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303.

5) ZHR 1968, S. 254.

begrenzung gemeint ist, kann nicht befriedigen.

Der EuGH fordert im Rahmen der Zweckprüfung lediglich eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs als einer volkswirtschaftlichen Institution. Eine Bezugnahme auf die individuelle Betätigungsfreiheit der Marktteilnehmer erfolgt nicht. Daß es dem EuGH um die spürbare Einschränkung des Wettbewerbs als solchem geht, wird dadurch deutlich, daß er diesen auch in der zweiten Stufe anläßlich der Prüfung des Merkmals "bewirken" als das Bezugsobjekt der Spürbarkeit herausstellt. Schließlich gibt der EuGH selbst einen Hinweis auf Kriterien für die Spürbarkeitsanalyse. Darin wird nicht der jeweilige Grad der Einschränkung individueller Betätigungsfreiheit für maßgebend erklärt, sondern es wird im Gegenteil auf quantitative Überlegungen - wie Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse, Stellung und Bedeutung des Lieferanten und des Vertriebsberechtigten auf dem Markt dieser Erzeugnisse[1] - abgestellt.

Zu Recht betont daher auch KIRSCHSTEIN[2], daß der EuGH sich für eine Theorie des quantitativen

---

1) Es ist hier nicht der Ort, auf das Für und Wider einer Marktfolgenprüfung innerhalb der Verbotsnorm des Art. 85 Abs. 1 einzugehen. Vgl. hierzu die insbesondere bei BELKE, a.a.O., S. 239 ff angegebene Literatur und MARKERT in ZHR 1968, S. 184 ff. Es gilt hier nur festzuhalten, daß die neuere Rechtsprechung des EuGH von dem Merkmal der Spürbarkeit innerhalb Art. 85 Abs. 1 nicht absieht und den Spürbarkeitstest auch nicht an etwaigen gesellschaftspolitischen Zielsetzungen ausrichtet.

2) KIRSCHSTEIN in WuW 1966, S. 782 f; für eine quantitative Betrachtungsweise spricht sich daher auch aus: GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, Rz. 29 zu Art. 85; KOENIGS in Europarecht, 1966, S. 346; ders. in Europarecht 1967, S. 377.

Minimums einer Marktbeeinflussung entschieden hat. Dem steht auch nicht entgegen, daß der EuGH in der Grundig-Consten-Entscheidung auf das Prinzip des quantitativen Minimums nicht einging. Wegen der Eindeutigkeit der verbotenen Wettbewerbsbeschränkung in diesem Fall konnte sich der EuGH damit begnügen, lediglich einer qualitativen Abwägung i. S. einer bilan économique entgegenzutreten. Ein Verzicht auf die quantitative Betrachtungsweise seitens des EuGH kann darin nicht gesehen werden.

Nur eine quantitative Betrachtungsweise, wie sie vom EuGH vorgenommen wird, ist praktikabel. Nur sie erlaubt zur Ermittlung der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkungen für jeden Sachverhalt eine Auswahl geeigneter, weil der jeweiligen Marktlage angepaßter und objektiv feststellbarer Kriterien. Gerade am Beispiel der einfachen Alleinvertriebsbindung zeit sich, daß der Grad schädlicher Einschränkung der Wahl- und Ausweichmöglichkeiten für die Frage der Spürbarkeit keinen Aufschluß gibt[1]. Die durch die Alleinvertriebsbindung vom Bezug ausgeschlossenen Händler können ihre Waren nunmehr von anderen Herstellern beziehen. Es wird daher kaum feststellbar sein, inwieweit ihre wirtschaftliche Betätigungsfreiheit beeinträchtigt wird, so daß von einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung gesprochen werden könnte.

Die vom EuGH aufgestellten Kriterien haben auch für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen anderer Art Bedeutung. Der EuGH hat mit seinen Ausführungen in der Entscheidung Maschinenbau-Ulm nicht nur Anhaltspunkte für den Spürbarkeitstest eines Einzelfalles - nämlich eines einfachen Alleinver-

---

1) Dies gibt auch BELKE, a.a.O., S. 256 zu.

triebsvertrages - geben wollen. Vielmehr war es sein Anliegen, bei dieser sich bietenden Gelegenheit zur Klärung wichtiger Auslegungsfragen des Art. 85 beizutragen und daher auch Richtlinien aufzustellen, die für alle Spürbarkeitsanalysen zu berücksichtigen sind[1].

Wird daher im folgenden angenommen, der EuGH hätte sich für eine quantitative Spürbarkeitsanalyse der Wettbewerbsbeschränkungen entschieden, so steht auch dies der Annahme eines Individualschutzes durch Art. 85 Abs. 1 entgegen. Ein von einer Norm verfolgter Schutz der individuellen Betätigungsfreiheit müßte den Schutz aller einzelnen betroffenen Träger dieser Freiheit einschließen. Jede Verletzung der individuellen Wettbewerbsfreiheit, sei sie auch noch so wenig spürbar, müßte für die einzelnen Träger dieser Freiheit von der Verbotswirkung der Norm und der sich daraus ergebenden Schutzwirkung erfaßt werden.

---

1) Bereits aus diesem Grund kann auch der von BELKE in ZHR 1968, S. 258 getroffenen Einschränkung der Bedeutung der EuGH-Entscheidung nicht gefolgt werden. Danach bejaht BELKE zwar - in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH - für den Fall einer einfachen Alleinvertriebsbindung einen quantitativen Spürbarkeitstest. Im übrigen aber sieht er-entsprechend der von ihm vertretenen Individualschutzlehre - den Grad der Einschränkung der individuellen Wettbewerbsfreiheit für maßgebend an.
Es wäre allenfalls eine Differenzierung hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs bei einerseits bezweckten und andererseits bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen zulässig; vgl. MARKERT in ZHR 1968, S. 187. Eine derartige Unterscheidung, die dem Wortlaut der Entscheidung des EuGH im Fall L.T.M./M.B.U. zumindest nicht widerspräche, würde jedoch auch das Zugeständnis eines strukturpolitischen Bezugs mit den sich daraus ergebenden negativen Konsequenzen für einen Individualschutz enthalten.

Der Spürbarkeitstest erlaubt jedoch die Ausklammerung von relativ schwachen, die Marktstruktur nicht erheblich beeinflussenden Wettbewerbsbeschränkungen. Die im Falle eines Individualschutzes erforderliche Rücksichtnahme auf die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit aller einzelnen, durch Wettbewerbsbeschränkungen verletzter Marktteilnehmer würde unterbleiben.

Zusammenfassung zu 23:

Als Schutzgegenstand des Art. 85 Abs. 1 wurde sowohl der Wettbewerb als auch der zwischenstaatliche Wirtschaftsverkehr ermittelt. Beide haben ihre besondere Funktion im Rahmen der Vertragsordnung der EWG. Hingegen ergaben sich keine zwingenden Argumente für die Annahme des Schutzes der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit als eines besonderen individuellen Schutzgutes. Ein Schutz einer individualbezogenen Freiheit würde eine der Vertragsordnung der EWG atypische Aufgabe sein. Ihre Gewährleistung erfolgt außerhalb des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Rechtsordnungen.

24. Der Schutzzweck

241. Die Auffassungen in der Literatur

2411. Allgemeine Bemerkungen

In dem vorangegangenen Abschnitt wurde dargelegt, daß es eine überzeugende Begründung für die These, es gehe Art. 85 Abs. 1 um den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, nicht gibt. Scheidet daher die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als Schutzgut des Art. 85 Abs. 1 aus, so kann sie auch nicht mehr als Anknüpfungspunkt für die Schutzzweckuntersuchung dienen. Entsprechend den vorausgegangenen Erörterungen kommen hierfür nur der Wettbewerb und der zwischenstaatliche Wirtschaftsverkehr in Betracht.

2412. Der Schutz des Wettbewerbs als Institution im ausschließlichen Interesse der Allgemeinheit.

a) Eine Lehrmeinung sieht den Zweck des Schutzes des Wettbewerbs in der Erhaltung desselben als einer Institution im unmittelbaren und ausschließlichen Interesse der Allgemeinheit[1].

b) Eine Reihe anderer Autoren, die als Schutzobjekt des Art. 85 Abs. 1 allein den zwischenstaatlichen Handel anerkennen, sehen dahinter ebenfalls nur das Interesse der Allgemeinheit[2].

---

1) v. GAMM, Kartellrundschau, Heft 3, S. 33; THIESING in v.d. Groeben/ v. Boeckh, Vorbem. 9 vor Art. 85.

2) GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, Rz. 104 f; KLEEMANN, a.a.O., S. 59 f.

Zu a): Für die Auffassung, der Wettbewerb werde als Institution unmittelbar im Interesse der Allgemeinheit geschützt, wird in der einschlägigen Literatur keine nähere Begründung gegeben. Dies aber wäre erforderlich, denn der Bezug des Schutzes des Wettbewerbs zum Universalinteresse ist nicht immer unmittelbar und ipso iure gegeben. Der Wettbewerb könnte als Institution auch im Interesse der Einzelnen geschützt werden[1]. Die Beziehung Wettbewerbs-, Institutions- und Universalschutz deckt sich anscheinend mit der Lehre vom Institutionsschutz im deutschen GWB. Diese Parallele kann jedoch noch keinen hinreichenden Ersatz für eine fehlende Begründung geben. Denn auch in der Universalschutzlehre zum deutschen GWB begnügt man sich nicht mit der Feststellung des Institutionsschutzes. Der Hinweis auf letzteren ist mehr als vereinfachende Formel anzusehen, um von dem Schutz der individuellen wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit abzuheben, um darzutun, daß der Wettbewerb auch ohne den Bezug zu dieser individuellen Freiheit als ein schützenswertes Gut in Betracht kommt[2]. Für die daran anknüpfende Frage, in welchem Interesse der Schutz des Wettbewerbs erfolgt, werden dann eine Reihe von Lösungen angeboten, die letztlich alle in struktur- und ordnungspolitischen Erwägungen zusammenlaufen. Erst über diese Bewertungsgesichtspunkte kommt man schließlich zu einem Universalschutz.

In noch stärkerem Maß lückenhaft und unbefriedigend wäre im EWG-Wettbewerbsrecht ein unmittelbarer Schluß von dem Wettbewerbsschutz auf die Allgemeinheit als Bezugsgröße dieses Schutzes. Stärker noch

---

1) RAISER in Summum ius summa iniuria, S. 157.

2) Ähnlich BECKMANN, Die Abgrenzung des relevanten Marktes, S. 72 f.

als das GWB stehen die EWG-Wettbewerbsregeln unter dem Eindruck bestimmter Ziele der Gesamtrechtsordnung, der sie angehören. Diesen Zielen werden die EWG-Wettbewerbsregeln daher in erster Linie dienen. Nur wenn sich diese Ziele mit dem Interesse der Allgemeinheit decken, kann daraus folgend auf einen Universalschutz geschlossen werden.

Auf den engen Bezug des Wettbewerbsschutzsystems zu den Vertragszielen macht bereits die Präambel aufmerksam. Abs. IV der Präambel, der die Absicht der Vertragsschöpfer, den Wettbewerb zu gewährleisten, hervorhebt, darf nicht aus dem Zusammenhang mit den Absichtserklärungen in den vorausgehenden Absätzen gelöst werden. Die Gewährleistung des Wettbewerbs ist danach nur ein Mittel zur Beseitigung der der Entwicklung eines gemeinsamen europäischen Marktes, als Grundlage allgemeiner wirtschaftspolitischer Belange, entgegenstehenden Hindernisse. Diese Relation von Wettbewerbsschutz zu den Vertragszielen wird vollends deutlich, wenn man sich den Zusammenhang von Art. 2, Art. 3 lit. f und Art. 85 vergegenwärtigt. In Art. 2 wird der Gemeinschaft die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes zur Hauptaufgabe gemacht. Im Hinblick auf diese Aufgabe wurde von den Vertragsschöpfern in Art. 3 lit. f ein Programm zur Errichtung eines Wettbewerbsschutzsystems aufgestellt. Der in Ausführung dieses Programmsatzes durch die Normen des I. Titels des dritten Teils des Vertrages vorgesehene Wettbewerbsschutz ist daher nicht Selbstzweck, sondern Element zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes[1].

---

1) Auf die enge Beziehung der EWG-Wettbewerbsregeln zum Gemeinsamen Markt weist STEINDORFF, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 12 f. hin.

2413. Der Schutz des zwischenstaatlichen Handels im Interesse der Allgemeinheit

Auch aus dem Schutzobjekt des zwischenstaatlichen Handels läßt sich ein unmittelbarer Bezug auf die Allgemeinheit als Schutzsubjekt nicht ableiten. In gleicher Weise wie der Wettbewerb ist der zwischenstaatliche Wirtschaftsverkehr nicht isoliert, sondern in Verbindung mit den Vertragszielen zu sehen.

Die Präambel stellt ihn in Abs. IV neben den Wettbewerb. Er erscheint als Integrationsfaktor, der in einer engen Beziehung zu den Programmsätzen der Art. 3 lit. a - c stehend im Gegensatz zu dem Rechtsgut des Wettbewerbs in erster Linie der Errichtung des Gemeinsamen Marktes dient. Ob dieses Ziel letztlich der Allgemeinheit oder den Einzelnen zugute kommen soll, wird in folgenden Abschnitten zu prüfen sein.

242. Der Schutz des Gemeinsamen Marktes als Zweck des Art. 85 Abs. 1

2421. Die Bedeutung des Begriffs des Gemeinsamen Marktes im EWGV

Der Begriff des Gemeinsamen Marktes wird in den einzelnen Vorschriften des EWGV des öfteren verwendet[1]. Dies läßt die Vermutung zu, daß ihm in der EWG-Vertragsordnung eine besondere Bedeutung zukommen soll.

---

1) Vgl. Art. 2; 3 lit. f u. h.; 8 Abs. 1 u. 7; 38 Abs. 2 u. 4; 44 Abs. 3; 67 Abs. 1; 75 Abs. 3; 85 Abs. 1; 86 Abs. 1; 91 Abs. 1; 97 Abs. 1, 2 u. 3; 93 Abs. 2; 99 Abs. 1; 100 Abs. 1; 101 Abs. 1; 105 Abs. 2; 108 Abs. 1; 109 Abs. 1; 115; 116; 117; 123; 128; 130; 223 Abs. 1; 224; 225; 226; 235 EWGV.

24211. Der Gemeinsame Markt als geographischer Begriff

In einigen der zuvor genannten Vorschriften hat der Begriff des Gemeinsamen Marktes lediglich die Funktion, einen bestimmten geographischen Bereich zu umreißen[1]. Die größere Zahl der oben genannten Vorschriften verwendet jedoch diesen Begriff nicht nur als räumliches Kriterium. Vielmehr liegt in dem wiederholten Hinweis auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes[2] und die Vereinbarkeit bestimmter Maßnahmen mit dem Gemeinsamen Markt[3], die Anerkennung eines besonderen Interesses an der Errichtung und Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes.

24212. Der Gemeinsame Markt als wirtschaftstheoretischer Begriff

Denkbar wäre, daß dieses Interesse sich allein auf etwas Faktisches bezieht. Der Gemeinsame Markt könnte als Ort, an dem sich Angebot und Nachfrage trifft, verstanden werden.

Zu Recht weist jedoch BALLERSTEDT bereits für die Montanvertragsordnung darauf hin, daß der Begriff des Gemeinsamen Marktes, so wie er dort verwendet wird, sich von seinem wirtschaftswissenschaftlichen Ursprung gelöst hat, um eine besondere rechtliche Funktion zu übernehmen[4][5].

---

1) Vgl. z. B. die Wendungen: "innerhalb des Gemeinsamen Marktes" in Art. 3 lit. f; 49 Abs. 3 und 91 Abs. 1; sowie "auf dem Gemeinsamen Markt" z.B. in Art. 86 Abs. 1; 88; 101 und 225.

2) Vgl. z. B. Art. 3 lit. h; 38 Abs. 4; 93 Abs. 1; 100; 155; 224 und 226 EWGV.

3) Vgl. z. B. Art. 85 Abs. 1; 86 Abs.1; 92 Abs. 1,2 u. 3; 93 Abs. 2 u. 3 EWGV.

4) Marktordnung, S. 6 ff; ferner CONSTANTINESCO, Actes officiels, S. 214.

5) Über die Transformierung wirtschaftswissenschaftlich-vorjuristischer Begriff in einem wirtschaftsrechtlichen Begriff vgl. RINCK in Festschrift zum 150 jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, S. 362 ff.

Auch im EWGV wird der Gemeinsame Markt als Eigenname verwendet, eine Hervorhebung, die für einen bloß wirtschaftswissenschaftlichen Begriff des Marktes nicht gerechtfertigt wäre. Die EWG sollte ursprünglich entsprechend den Vertragsverhandlungen den Namen "Gemeinsamer Markt" tragen[1]. Demzufolge wurde in dem SPAAK-Bericht[2] der Begriff Gemeinsamer Markt zum zentralen Bezugspunkt der darin enthaltenen Vorschläge[3].

Wendungen wie "das ordnungsmäßige Funktionieren des Gemeinsamen Marktes[4]" und "mit dem Gemeinsamen Markt (un)vereinbar[5]" und "Grundsätze des Gemeinsamen Marktes"[6] lassen erkennen, daß es dem Vertrag nicht nur um die Sicherung eines Zustandes[7] oder Vorgangs[8] am Markt geht, sondern um eine Ordnungsidee, die es mittels bestimmter, im Vertrag vorgesehener Maßnahmen zu gewährleisten gilt.

---

1) WOHLFARTH in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 1 Anm. 1.

2) Vgl. ebenda S. 13.

3) Insbesondere im fanzösischen und englischen Sprachraum wird daher im täglichen Sprachgebrauch zur Bezeichnung der EWG meist der Ausdruck "Marché Commun" und "Common Market" verwendet.

4) Vgl. z. B. Art. 3 lit. h. und Art. 155 EWGV.

5) Vgl. Art. 85 Abs. 1; 86 Abs. 1; 92 Abs. 1,2 u.3; 93 Abs. 2 u. 3 EWGV.

6) Abs. 2 des Protokolls über den innerdeutschen Handel und die damit zusammenhängenden Fragen vom 25.3.1953 (abgedruckt in SARTORIUS, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze, Europa-Recht, Bd. II, Nr. 154).

7) Als Zustand wäre der Ort, an dem sich Angebot und Nachfrage trifft, zu verstehen.

8) Als Vorgang wäre ein sich "in gewisser Regelmässigkeit vollziehender Austausch von Waren und Dienstleistungen zwischen ökonomisch selbständigen Partnern" zu verstehen (BALLERSTEDT, Marktordnung, S. 6).

24213. Der Gemeinsame Markt als Bezugspunkt der materiellen Vertragsvorschriften

Unterzieht man die materiellen Vertragsvorschriften einer näheren Untersuchung, so wird deutlich, daß im wesentlichen alle auf ein gemeinsames Ziel ausgerichtet sind. Sie dienen der Errichtung und der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes in seinem jeweiligen Entwicklungsstadium[1].

WOHLFARTH[2] führt zu Recht aus, daß sowohl die Vorschriften über die Befreiung des Warenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten[3] als auch die Vertragsbestimmungen, die sich mit den vier Freiheiten, dem freien Verkehr von Personen (Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit)[4], der Dienstleistungsfreiheit[5], der Freiheit des Kapitalverkehrs[6] und der Freiheit des Zahlungsverkehrs[7] befassen, auf den Gemeinsamen Markt Bezug nehmen. Die durch Art. 8 EWGV vorgesehene Entwicklungszeit für den Gemeinsamen Markt dient der zeitlichen Orientierung für die Durchsetzung gerade dieser genannten Prinzipien. Der Begriff des Gemeinsamen Marktes erweist sich insofern zumindest als formaler Bezugspunkt der materiellen Vertragsvorschriften.

Das Verständnis des Gemeinsamen Marktes als eines bloßen Normenkomplexes, als einer systematischen

---

1) Zur zeitlichen Stufenfolge für die Errichtung des Gemeinsamen Marktes vgl. Art. 8 EWGV.

2) WOHLFARTH in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 2 Anm. 2 a.

3) Art. 12-37 EWGV.

4) Art. 48-58 EWGV.

5) Art. 59-66 EWGV.

6) Art. 67, 69, 71 EWGV.

7) Art. 106 EWGV.

Einheit, auf die bestimmte Vertragsbestimmungen Bezug nehmen, würde jedoch ebenfalls die Bedeutung dieses Begriffs nicht erschöpfen.

Wenn die Basis des Gemeinsamen Marktes eine Zollunion ist, in der der Austausch von Waren und Dienstleistungen zwischen den Staaten liberalisiert ist und einheitlichen Regeln unterliegt, dann haben auch die genannten Freizügigkeiten und Freiheiten einen materiellen Bezug zu dieser Grundlage. Die Freiheit des Warenverkehrs erhält durch die genannten Freizügigkeiten und die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs eine für einen gemeinsamen Markt i. S. des EWGV notwendige Ergänzung[1].

Eine Integration verschiedener Märkte zu einem einheitlich zwischenstaatlichen Markt ist nur dann in vollem Umfang möglich, wenn auch die Beschränkung für die Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital aufgehoben werden[2].

Darüber hinaus stehen auch die Wettbewerbsregeln[3] und Steuer- und Rechtharmonisierungsvorschriften[4] in einer nicht bloß formalen, sondern auch materiellen Beziehung[5] zu dem Begriff des Gemeinsamen Marktes[6]. Sie gewährleisten die Gleichheit der Wett-

---

1) v. BOECKH in v.d. Groeben/v. Boeckh, Anm. 2 b zu Art. 2; STEINDORFF in Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, S. 480; VERLOREN VAN THEMAAT in WuW 1963, S. 559; I. SCHWARTZ in Festschrift für Hallstein, S. 478.

2) PESCATORE in En Hommage à Gothot, S. 504, 515 ff.

3) Art. 85 - 94 EWGV.

4) Art. 95 - 102 EWGV.

5) Zur Begründung über die formale und materielle Beziehung speziell des Art. 85 zum Gemeinsamen Markt, vgl. unten S.89 ff.

6) STEINDORFF in ZHR 1962, S. 189: "Der Rechtsbegriff des Gemeinsamen Marktes erfaßt hierzu vor allem die Bestimmungen über die Freizügigkeit des Warenverkehrs usw. und die Beseitigung der Wettbewerbsverfälschungen".

bewerbsbedingungen als notwendige Voraussetzungen für die Herstellung und Sicherung des Gemeinsamen Marktes, der eine Zollunion und die damit verbundene Liberalisierung des Warenverkehrs zur Grundlage hat.

24214. Der Gemeinsame Markt als wirtschaftsrechtliche Institution des EWGV

Die formale Bezugnahme einer Reihe von EWG-Vertragsvorschriften[1] und die innere Beziehung der wesentlichen Vertragsgrundsätze und der sie ausgestaltenden Normen auf dem Begriff des Gemeinsamen Marktes führt zu der Annahme, daß dem Gemeinsamen Markt in der EWG-Vertragsordnung die Rolle einer übergeordneten Institution[2] zukommt, an der sich die einzelnen Vertragsvorschriften und die in ihnen enthaltenen Einzelinstitute ausrichten.

Unter einer Institution soll hier ein typisches,

---

1) Vgl. die oben S.83 (Fn.4,5 u. 6) angegebenen Beispiele. MONACO in Quadri/Monaco/Trabucchi, Commentario CEE, Bd. I., Anm. 1 zu Art. 2 sehen in dem Begriff des Gemeinsamen Marktes einen zentralen Bezugspunkt im System des EWGV.

2) Von dem Gemeinsamen Markt als dem "wirtschaftsrechtlichen Institut" des Montanvertrages sprechen u. a. BALLERSTEDT, Marktordnung, S. 9; HACKENBRACHT, Preisdiskriminierung und Wirtschaftsverfassung, S. 77; SCHLOCHAUER, Ausnahmetarife, S. 16. Bei BALLERSTEDT und HACKENBRACHT ist zwar lediglich von einem wirtschaftsrechtlichen Institut die Rede. Es ist jedoch anzunehmen, daß dieser Begriff dem der Institution gleichstehen soll. Dies zumal BALLERSTEDT ausdrücklich dieses Institut nicht in einem vordergründigen Sinn, als einen bloßen Normenkomplex verstanden wissen will, sondern als rechtlich anerkanntes Ordnungsgefüge von Lebensverhältnissen.
Zur dogmatischen Unterscheidung der Begriffe Institut und Institution: LARENZ, Methodenlehre, S. 137 ff.

rechtlich anerkanntes Lebensverhältnis verstanden werden, das einen bestimmten Sinn in sich trägt und als Ordnungsfigur für eine Gesamtheit von Rechtssätzen gilt[1],

Das typische Lebensverhältnis, die "im soziologischen Sinn institutionalisierte Verhaltensweise"[2], die dem Gemeinsamen Markt zugrunde liegt, ist das Ganze der wirtschaftlichen Austauschbeziehungen[3] der einzelnen Wirtschaftssubjekte am Markt. Diese Austauschbeziehungen sind auch bereits in den nationalen Märkten vorgegeben[4] und werden nun lediglich durch die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes, im Hinblick auf eben diesen zwischenstaatlichen Markt

---

1) Der Lehre ist es bisher nicht gelungen einen "eindeutigen und scharf umrissenen Begriff der Institution herauszuarbeiten", MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, S. 74.
Die oben vorgenommene Kennzeichnung des Begriffs der Institution versteht sich daher auch weniger als Definition, sondern als eine Hervorhebung der von der Lehre grundsätzlich anerkannten allgemeinen Kriterien einer Institution. Sie werden z. B. bei FORSTHOFF, Verwaltungsrecht I, S. 152ff; LARENZ, Methodenlehre, S. 137 ff; RAISER in summum ius summa iniuria, S. 147 ff; MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, S. 73 ff; COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 271 ff; H. KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, S. 174 ff; DOMBOIS in Evangelisches Staatslexikon, S. 798 ff angeführt.

2) RAISER in summum ius summa iniuria, S. 148.

3) BALLERSTEDT, Marktordnung, S. 7 spricht anläßlich der Auslegung des montanrechtlichen Begriffs des Gemeinsamen Marktes davon, daß "die Gemeinschaft des Marktes (zwar) montanwirtschaftliche Austauschbeziehungen voraussetzt....".

4) KRAMER, Dokumente, S. 18 weist darauf hin, daß auf der Ebene der Begriffsbildung sich der Gemeinsame Markt aus dem nationalen Markt entwickelt hat.

durch die EWG-Vertragsordnung rechtlich ausgestaltet[1)2)]. Die Ausgestaltung liegt vor allem in der Befreiung des zwischenstaatlichen Waren- und Dienstleistungsverkehrs vor staatlichen und privaten Beschränkungen und der Normierung der anderen sie ergänzenden Freiheiten. Durch den oben angedeuteten formalen und materiellen Bezug einer großen Zahl von materiellen Vertragsvorschriften und der in Art. 2 und 3 EWGV festgelegten Grundsätze und Programme findet dieses Ordnungsgefüge seine rechtliche Anerkennung als Institution[3)4)]. Als solche dient sie umgekehrt durch die ihr vorgegebenen und zunehmend rechtlich näher ausgebildeten Ordnungsgrundsätze, den auf diese Institution Bezug nehmenden Normen. Sie muß daher bei deren Auslegung besondere

---

1) Darauf, daß der Inhalt einer Institution trotz ihrer Vorgegebenheit letztlich nur durch die Kenntnis der ihr dienenden Normen, die gleichzeitig die Institution näher ausgestalten, erfaßt werden können, weist LARENZ, Methodenlehre, S. 139 hin.

2) Vgl. v. BOECKH in v.d. Groeben/v. Boeckh, Anm. 2 zu Art. 2: "Wie er (der Gemeinsame Markt) inhaltlich ausgestaltet sein wird, ergibt sich aus den Maßnahmen, die zu seiner Verwirklichung getroffen werden müssen".

3) CATALANO, Manuel de droit, S. 407 spricht ebenfalls von der 'Institution' des Gemeinsamen Marktes. Auch bei DERINGER WuW/EWG-Kom., Art. 90 Rz. 99 ist von der "Einrichtung" des Gemeinsamen Marktes die Rede. Es wird dort allerdings nicht weiter auf die Frage eingegangen, ob der Gemeinsame Markt mithin als eine Rechtsinstitution verstanden werden soll.

4) Es steht dem Wesen einer Institution nicht entgegen, daß ihre Ausgestaltung stufenweise (Art. 8 EWGV) erfolgt, wenn nur die wesentlichen Elemente einer Institution - wenn auch in abgeschwächter Form - erkennbar sind. Die Austauschbeziehungen der Wirtschaftssubjekte bestanden bereits von Beginn an. Sie konnten sich durch ihre schrittweise rechtliche Ausgestaltung nur zunehmend verdichten.

Berücksichtigung erfahren[1]. Die den fünf Freiheiten[2] und den gemeinsamen Regeln für die Politik der Gemeinschaft i. S. des dritten Teils des Vertrages vorgeordnete Institution des Gemeinsamen Marktes enthält einen Bewertungsgrundsatz für die auf der Grundlage dieser Normen vorzunehmenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten, der Gemeinschaftsorgane und der einzelnen Wirtschaftssubjekte.

2422. Der Schutz des Gemeinsamen Marktes als Zweck des Art. 85 Abs. 1

Art. 85 Abs. 1 wird mit den Worten "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar" eingeleitet. In der Literatur, die sich mit der Auslegung des Art. 85 befaßt, wird diesem Passus im allgemeinen nur sehr geringe Bedeutung beigemessen.

Während die meisten Autoren überhaupt nicht auf dieses Merkmal eingehen, streifen andere es nur mit wenigen Bemerkungen.

DERINGER[3] sieht in dem genannten Satzteil "nur das Motiv für das Verbot ohne selbständige rechtliche Bedeutung". Er befaßt sich daher auch in dem weiteren Verlauf der Kommentierung des Art. 85 nicht mehr mit diesem Merkmal.

Stärkere Bedeutung mißt STEINDORFF[4] diesem Tat-

---

1) Zu dieser Ansicht zwingen insbesondere die Normen, die beispielsweise von der (Un-)Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt sprechen oder denen es um die Erhaltung des (ordnungsmäßigen) Funktionierens des Gemeinsamen Marktes geht; vgl. die oben auf S. 83 , Fn.4 u. 5 angegebenen Beispiele.

2) Vgl. oben S. 84.

3) WuW/EWG-Kom., Art. 85 Rz. 1; in gleicher Weise SPENGLER in Gemeinschaftskom., EWG-Kartellrecht, Erl. Rz. 25; EWG-KOMMISSION, 1. Gesamtbericht (1960), S. 119.

4) Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, S. 12 f.

bestandselement im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 bei, wenn seiner Auffassung nach dadurch auf eine bestimmte Zweckrichtung der Wettbewerbsvorschriften hingewiesen wird.

Noch weittragender ist schließlich eine Bemerkung von COING/KRONSTEIN/SCHLOCHAUER[1], wonach die "primäre Aufgabe der Art. 85 ff in dem Schutz des Gemeinsamen Marktes vor privaten Absprachen und marktbeherrschenden Stellungen, die diesen Markt beeinträchtigen" besteht. Hier wird die hervorragende Bedeutung gerade dieses Merkmals betont. Wenn es die primäre Aufgabe der Art. 85 ff ist, den Gemeinsamen Markt zu schützen, so kommt dem einleitenden Passus nach dieser Auffassung immerhin die Bedeutung zu, auf das eigentliche Ziel des Art. 85 hinzuweisen.

Den beiden letztgenannten Auffassungen ist der Vorzug zu geben. Sie werden allein einer Lösung gerecht, die dem Begriff des Gemeinsamen Marktes eine besondere Funktion i. S. einer Institution im Rahmen der EWG-Vertragsordnung zuweist. Es wäre nicht ersichtlich, warum die Vertragsschöpfer auf ein bloßes Motiv des Vertrages mehrfach[2] ausdrücklich hätten verweisen sollen. Die Formulierung "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar" deutet auf eine Wertung hin, die ihren Maßstab in der Institution des Gemeinsamen Marktes selbst findet.

Art. 85/86 und 92 bilden, wie die Kapitelüberschrift "Wettbewerbsregeln" bereits äußerlich erkennbar macht, eine systematische Einheit. Sie ist die Bestätigung eines einheitlichen Zieles, die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen zu wahren. Dieses

---

1) EWG-Studien, S. 23.

2) Vgl. Art. 86 Abs. 1; Art. 92; Art. 93 Abs. 2.

Ziel wiederum findet seinen Grund in dem Zweck, mittels der Erhaltung gleicher Wettbewerbsbedingungen, den Gemeinsamen Markt in seinem Bestand zu sichern. Hierin liegt die eigentliche innere Beziehung der drei genannten Vorschriften, die durch den Ausdruck "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar" nach außen hin erkennbar gemacht wird[1].

Anläßlich der oben erfolgten Schutzobjektfrage wurde darauf hingewiesen[2], daß dem Wort beeinträchtigen ein negativer Bedeutungsgehalt zukommt. Die Handelsbeeinträchtigung wurde in einer bestimmten Beeinflussung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs gesehen. Sie liegt immer dann vor, wenn der zwischenstaatliche Handel in einer Weise beeinflußt wird, daß er seiner Funktion zur Integration der nationalen Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten zu einem einheitlichen, gemeinsamen Markt nicht oder nur abgeschwächt nachkommen kann[3]. Das Merkmal der Handelsbeeinträchtigung orientiert sich mithin an dem Ziel der Errichtung und Erhaltung dieser Institution. Wenn Wert oder Unwert der Handelsbeeinflus-

---

1) In Anbetracht dieser systematischen und inhaltlichen Einheit von Art. 85 und Art. 86 erscheint es widersprüchlich, wenn DERINGER, WuW/EWG-Kom., Art. 85 Rz. 1 den Ausdruck "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar" als Motivierung des Verbots des Art. 85 Abs. 1 anspricht, für Art. 86 jedoch darin einen Hinweis "auf die vom Vertrag gesetzte Grundordnung" sieht und den Mißbrauchsbegriff dieses Verbots daran messen will, a.a.O., Art. 86 Rz. 32.

2) Vgl. oben S.

3) Der EuGH, RsprGH Bd. XII (1966) S. 388, weist ausdrücklich darauf hin, daß es das Ziel des Art. 85 sei, die Wiedererrichtung von Handelsschranken durch private Absprachen zu verhindern: "Der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt darauf gerichtet ist, die Schranken zwischen den Staaten zu beseitigen und der Wiedererrichtung dieser Schranken mit einer Reihe strenger Bestimmungen entgegentritt, kann nicht zulassen, daß die Unternehmen neue Hindernisse dieser Art schaffen".

sung an den Zielen eines einheitlichen Marktes zu messen sind, so liegt auch darin ein Hinweis auf die Bedeutung des Gemeinsamen Marktes als einer schützenswerten Institution.

Ferner erklärt sich das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen aus dem Ziel, den Gemeinsamen Markt vor Beeinträchtigungen durch Marktabsprachen zu schützen. Art. 85 Abs. 1 will den Wettbewerb nicht um seiner selbst willen vor Beschränkungen bewahren, sondern wegen seiner Bedeutung für den Gemeinsamen Markt, also um des Gemeinsamen Marktes willen[1].

Art. 3 lit. f EWGV sieht den Schutz des Wettbewerbs vor, weil er eine Voraussetzung ist zur Erfüllung der Aufgabe der Gemeinschaft, einen Gemeinsamen Markt zu errichten[2]. Der formale Bezug

---

1) Eine enge Verbindung der Wettbewerbsvorschriften mit dem Begriff des Gemeinsamen Marktes erkennt auch CATALANO, Manuel de droit, S. 434 an, wenn er ausführt: "La correlation entre la notion de concurrence faussée et son incompatibilité avec le marché commun est intime...". "Il en découle que l'interdiction ne s'applique pas à tous les obstacles de la concurrence, mais seulement à ceux qui sont incompatibles avec la notion du marché commun".
Auch PESCATORE in En Hommage à Gothot, S. 532 weist auf die Beziehung von Wettbewerbsbeschränkungen zu der Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes hin.

2) WOHLFARTH in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 3 Anm. 8 sehen in der Herstellung gleicher Wettbewerbsvoraussetzungen i.S. des Art. 3 lit. f eine Voraussetzung für den Gemeinsamen Markt. Der EuGH, RsprGH Bd. XII (1966), S. 483 führt aus: "Art. 85 ... soll die Vorschriften des Artikels 3 über die 'Tätigkeiten der Gemeinschaft' insbesondere über die 'Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt', verwirklichen, die ihrerseits der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes dienen, einem der Hauptziele des Art. 2".

des Art. 3 lit. f EWGV auf Art. 2 EWGV und den Gemeinsamen Markt erfolgt über Art. 3 S. 1, der darauf verweist, daß die Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt, eine Tätigkeit der Gemeinschaft zur Verwirklichung der nach Art. 2 vorgesehenen Aufgabe ist.

Darüber hinaus besteht auch eine inhaltliche Wechselwirkung zwischen der Sicherung des Wettbewerbs und dem auf den Schutz des Gemeinsamen Markts ausgerichteten Zweck des Art. 85 Abs. 1.

Eine Wettbewerbswirtschaft im gesamten Gemeinsamen Markt erlaubt eine Verteilung der Waren an den Ort der größten Nachfrage. Das bedeutet Befreiung des Handelsverkehrs von privaten Beschränkungen. Die dadurch ermöglichte Intensivierung des Handelsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten führt zu einer Verknüpfung ihrer Volkswirtschaft und trägt so zur Schaffung des Gemeinsamen Marktes bei[1].

Zudem kommt die Antriebsfunktion des Wettbewerbs dem Gemeinsamen Markt zugute. Sie führt zu einer Produktionssteigerung und Qualitätsverbesserung. Die Folge ist auch hier eine Intensivierung des Handels mit den sich daraus ergebenden positiven Integrationswirkungen.

---

1) Diese Bedeutung des Wettbewerbs für den Gemeinsamen Markt wird auch vom EuGH, RsprGH Bd. XII (1966), S. 392 hervorgehoben, wenn er den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung auch aus der Wirkung der Vereinbarung auf den Gemeinsamen Markt als solchen erklärt: "Da die streitige Vereinbarung darauf abzielt, den französischen Markt für Grundig-Erzeugnisse abzuriegeln und innerhalb der Gemeinschaft getrennte nationale Märkte für Erzeugnisse einer weit verbreiteten Marke künstlich aufrechtzuerhalten, verfälscht sie den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes".

Schließlich bewirkt die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs, daß die Unternehmen die Produktions- und Vertriebsstandorte dort wählen, wo die für sie günstigsten Marktbedingungen herrschen. Die Möglichkeit der Wahl der günstigsten Standorte zwingt die Unternehmen zur Ausrichtung ihrer Planungen auf eine Großraumwirtschaft und trägt damit ebenfalls zur Verbindung der nationalen Volkswirtschaften zu einem Gemeinsamen Markt bei.

Der Wettbewerb ist also ein Mittel zur Errichtung und Erhaltung des Gemeinsamen Marktes. Demzufolge dient sein Schutz dem Zweck, die Institution des Gemeinsamen Marktes zu sichern.

2423. Der Gemeinsame Markt als eine Institution im Interesse der einzelnen Wirtschaftssubjekte oder der Mitgliedstaaten?

24231. Problemstellung

Das der Institution des Gemeinsamen Marktes zugrundeliegende Lebensverhältnis wurde in den Austauschbeziehungen der Wirtschaftssubjekte am Markt gesehen. Insofern steht die Institution inhaltlich in enger Verbindung zu den einzelnen Marktteilnehmern. Es ist daher auch die Meinung vertreten worden, daß, wenn auch die individuelle Wettbewerbsfreiheit als Individualrechtsgut des Art. 85 Abs. 1 nicht generell anerkannt werde, zumindest doch die Einzelnen als geschützt anzusehen seien, deren Möglichkeiten, als Anbieter oder Nachfrager am Markt aufzutreten, beschränkt oder beseitigt werden; dies, weil der Gemeinsame Markt gerade in der Vielzahl der Möglichkeiten der einzelnen Rechtssubjekte bestehe[1].

---

1) Vgl. EWG-Studien, S. 23; in gleicher Weise E. KOCH, Schadensersatz, S. 30.

Ferner wird darauf hingewiesen, daß der EWGV mit seinen einzelnen Vorschriften deutlichen Bezug auf den Einzelnen nehme. Die EWG-Vertragsordnung spreche insbesondere die Einzelnen an, da gerade sie die Subjekte und Träger der zu verwirklichenden Gemeinschaft sind[1]. Angesichts dieser den Einzelnen zugemessenen Bedeutung im Rahmen der Vertragsordnung könnte die Auffassung vertreten werden, der durch Art. 85 Abs. 1 verfolgte Schutzzweck fände seine eigentliche Erklärung in der Erhaltung der Interessen der Einzelnen an den Wahl- und Ausweichmöglichkeiten am Markt. Wird daher als Ziel des durch Art. 85 Abs. 1 bewirkten Schutzes die Institution des Gemeinsamen Marktes angesehen, so stünde dies doch in erster Linie im Interesse des Einzelnen, so daß dieser neben dem Institutionsschutz, zumindest als mitgeschützt anzusehen wäre. Die Institution des Gemeinsamen Marktes würde in einer in diesem Sinn individualrechtlich ausgestalteten Ordnung unter dem Eindruck eben dieser Individualinteressen stehen. Mit seinem Schutz würde sich daher der der Individuen verbinden.

Wenn die Konsequenz beider Argumente auch dieselbe ist, nämlich Anerkennung eines Individualschutzes, so wählen sie doch unterschiedliche Ausgangspunkte.

Die erstgenannte These löst die Institution des Gemeinsamen Marktes in eine Vielzahl von Möglichkeiten der Wirtschaftssubjekte auf, um diese einzelnen Wirtschaftssubjekte als Träger der Interessen an den Wahl- und Austauschmöglichkeiten am Markt als geschützt anzusehen.

---

1) MUCH, deuxième colloque international de droit Européen 1963, S. 360 f; E. KOCH, Schadensersatz, S. 30.

Demgegenüber würde der andere Gedanke die Institution des Gemeinsamen Marktes unberührt lassen und nur wegen der auch individualrechtlich ausgestalteten EWG-Vertragsordnung (auch) Interessen Einzelner an dem Gemeinsamen Markt für (mit)geschützt halten.

24232. Der Gemeinsame Markt als Institution im Interesse der Mitgliedstaaten

242321. Die Institution als ein von den Individuen abstrahierter Wert

Wird wie hier der Gemeinsame Markt als eine Institution der EWG-Vertragsordnung anerkannt, so verbietet es sich bereits aus dem Wesen einer Institution, dieselbe in eine Vielzahl von Einzelinteressen aufzulösen, die hinter dem sie bildenden Ganzen von Lebensverhältnissen stehen mögen. Die Institution ist - wie bereits eingangs festgestellt wurde[1] - ein von dem Einzelinteresse abstrahiertes Ordnungsgefüge, das, soweit es die sie anerkennende Rechtsordnung gestattet, die "Tendenz zur Eigengesetzlichkeit"[2] hat. Das ihrem Wesen entsprechende "Unverfügbare"[3] würde verkannt werden, wenn sie lediglich als Summe der Interessen der Individuen an den ihr zugrundeliegenden Bezugsformen verstanden werden würde. Die Institution wäre der Wecheselhaftigkeit dieser Interessen unterworfen und wäre dementsprechend einer dauernden Zersetzungsgefahr ausgesetzt. Soll daher der Gemeinsame Markt der Zielpunkt des durch Art. 85 vorgesehenen Schutzes sein, so gilt dies nur für die Institution des Gemeinsamen Marktes und nicht für die

---

1) Vgl. oben S. 9.

2) DOMBOIS in Evangelisches Staatslexikon, S. 798 f.

3) MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, S. 73.

Vielzahl der einzelnen Wirtschaftssubjekte und deren Möglichkeiten am Markt.

242322. Das Merkmal "gemeinsam" in dem Begriff des Gemeinsamen Marktes

Das Wort "gemeinsam" läßt auf die Gruppierung Mehrerer i. S. der Gleichgerichtetheit ihres Willens und ihrer Interessen schließen. Würde das Merkmal "gemeinsam" im Begriff des Gemeinsamen Marktes gleichbedeutend sein mit der Gemeinsamkeit der einzelnen Wirtschaftssubjekte am Markt, so enthielte dieser Begriff bereits vom Wortlaut her einen Hinweis auf die Interessen der Vielzahl dieser Wirtschaftssubjekte. Dies wäre ein Indiz für die Richtigkeit der These, der Begriff des Gemeinsamen Marktes sei inhaltlich der Vielzahl der Möglichkeiten der Anbieter und Nachfrager am Markt gleichzusetzen; der Schutz des Gemeinsamen Marktes richte sich demnach auf die einzelnen Interessen an den Wahl- und Austauschmöglichkeiten.

In der Regel[1)2)] verwendet der Vertrag das Wort "gemeinsam" für die Fälle, in denen auf die Gemeinsamkeit der Ziele, Interessen und Verhaltensweisen

---

1) Vgl. die Begriffe des "gemeinsamen Zolltarifs" in Art. 9 ff, der "gemeinsamen Agrar- und Verkehrspolitik" in Art. 38 ff und Art. 74 ff; des "gemeinsamen Interesses" in Art. 92 Abs. 3, 103, 107, 110, 121, 130 litc. c - zur Auslegung des Begriffs i. S. des Interesses aller Mitgliedstaaten vgl. DERINGER, WuW/EWG-Kom. Art. 90 Rz. 99; der "gemeinsamen Maßnahmen" in Art. 41 Abs. 1 lit. b; des "gemeinsamen Vorgehens" in Art. 224 und 238; der "gemeinsamen Haltung" in Art. 234; des "gemeinsamen Nutzens" in Art. 18.

2) Eine Ausnahme bildet z. B. Art. 246 Abs. 3, wo von dem "gemeinsamen" Handeln der übrigen Organe der EWG mit dem Ministerrat die Rede ist.

der Mitgliedstaaten hingewiesen werden soll. Hingegen dient das Wort "gemeinsam" an keiner Stelle des Vertrages der Kennzeichnung der Gemeinsamkeit der Interessen der Gemeinschaftsbürger[1].

Art. 2 EWGV sieht eine Aufgabe der Gemeinschaft in der Errichtung des Gemeinsamen Marktes. Wenn die EWG auch mit dem Zeitpunkt ihrer Entstehung eine den Mitgliedstaaten gegenüber eigenständige Bedeutung erhält, ist doch das für ihre Entstehung und ihren Fortbestand maßgebende Interesse primär ein solches der Mitgliedstaaten, das in der Gemeinschaft objektviert worden ist. Als solches richtet es sich auch auf die von der Gemeinschaft vorzunehmenden Maßnahmen, also auch auf den zu verwirklichenden Gemeinsamen Markt als deren Hauptaufgabe. Die Träger der Gemeinschaft, die Vertragsparteien, bilden etwas Gemeinsames, den Gemeinsamen Markt als Basis einer sich immer stärker verflechtenden Wirtschaftsunion. Die Mitgliedstaaten bilden eine Zweckgemeinschaft, in der sie ihre Märkte zu einem gemeinsamen zusammenschließen.

Das Interesse der Mitgliedstaaten, sich gemeinsam auf dieses Ziel hin zu verpflichten, erklärt sich aus dem Bestreben, vermittels des Gemeinsamen Marktes allgemeine wirtschaftspolitische Zielsetzungen, wie sie in Art. 2 genannt worden sind, zu verwirklichen. Die Mitgliedstaaten und nicht die Vielzahl der Gemeinschaftsbürger sind es, die in erster Linie

---

1) In diese Richtung weist auch STRICKRODT in DB 1957, Beilage Nr. 9 zu Heft 26, S. 3:"Der Begriff Gemeinschaft ist primär auf die öffentlichen Träger der Vergemeinschaftsleistungen und erst in zweiter Linie auf die Bürger der Mitgliedstaaten, etwa i. S. einer personalen Rechtsgemeinschaft, zu beziehen".

ein Interesse an den fünf in Art. 2 genannten Zielen haben[1]. Sie wollen auf dem Weg einer Wirtschaftsintegration wesentliche wirtschaftspolitische Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit ihrer Bürger, in einer mehr erfolgversprechenden Weise als es durch nationale Wirtschaftspolitik möglich ist, erfüllen.

Wie bereits erwähnt wurde[2], war für die durch die Mitgliedstaaten gebildete EWG ursprünglich die Bezeichnung Gemeinsamer Markt vorgesehen. Wenn an seine Stelle dann schließlich doch der Begriff der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft trat, so besagt dies noch nicht, daß damit der Begriff des Gemeinsamen Marktes einen Bedeutungswandel in dem Sinn durchgemacht hätte, daß er nunmehr stellvertretend für die Gemeinsamkeit der Interessen der einzelnen Gemeinschaftsbürger steht. Vielmehr ist er nach wie vor Bezugspunkt der Interessen der Mitgliedstaaten. Lediglich seine äußere Funktion zur Bezeichnung der Organisation wurde ihm zugunsten der Wirtschaftsgemeinschaft genommen. Hingegen behielt er seine Bedeutung als der eigentliche Zielpunkt, der nach dem EWGV insbesondere den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten aufgegebenen Tätigkeit.

24233. Die Einzelnen als Rechtssubjekte der EWG-Vertragsordnung

242331. Allgemeine Bemerkungen

Die zweite These stützt sich vornehmlich auf die

---

1) Die fünf allgemeinen Ziele gemäß Art. 2 sind:
1. "harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens",
2. "beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung",
3. "größere Stabilität",
4. "beschleunigte Hebung der Lebenshaltung",
5. "engere Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten"

2) Vgl. oben S. 83.

Rechtsprechung des EuGH. Insbesondere in der Rs. 26/62[1] und der Rs. 6/64[2] hat der EuGH darauf hingewiesen, daß die Gemeinschaft eine "neue Rechtsordnung des Völkerrechts" ist, "deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind". "Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen"[3].

Die genannten Entscheidungen des EuGH beanspruchen generelle Bedeutung für die Auslegung des EWG-Vertragsrechts. Dennoch dürfen auch ihre Grenzen nicht übersehen werden, die sich insbesondere hier bei der Frage ihrer Verwertbarkeit im Rahmen der Schutzgesetzfrage zu Art. 85 zeigen.

242332. Die Tragweite der Rechtsprechung des EuGH und ihre Bedeutung für die Schutzgesetzfrage zu Art. 85 Abs. 1

Der EuGH hat die unmittelbare Verbindlichkeit von Gemeinschaftsnormen für Einzelne als der EWG-Vertragsordnung wesensimmanent angesehen.

Insoweit weicht die EuGH-Rechtsprechung von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Art. 4 lit. b und Art. 60 MV ab[4]. In ihr wurde seitens des BGH den einzelnen Gemeinschaftsangehörigen und ihrer Initiative bei der Verwirklichung der Integration der Kohle-

---

1) RsprGH Bd. IX (1963), S. 7 ff.

2) RsprGH Bd. X (1964), S. 1259 ff; vgl. ferner RsprGH Bd. XII (1966), S. 265 f.

3) RsprGH Bd. IX (1963), S. 25.

4) BGHZ 30, S. 74 ff.

und Stahlwirtschaft keine wesentliche Bedeutung beigemessen[1]. Der BGH hat insbesondere aus diesem Grund einen zivilrechtlichen Individualschutz durch § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 4 lit. b und Art. 60 MV abgelehnt[2].

Hinsichtlich der Zielsetzung der beiden Vertragsordnungen besteht jedoch eine Parallelität in der Auffassung des BGH einerseits und des EuGH andererseits. Beide Gerichte sehen das eigentliche Ziel der Verträge in der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes[3] und der Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit. Gerade auf das Moment der besonderen Zielsetzung aber kommt

---

1) BGHZ 30, S. 83: "Daraus folgt, daß nach dem Vertrag das Schwergewicht der Marktvereinheitlichung und der wettbewerblichen Durchbildung des Marktverkehrs der obrigkeitlichen Leitung und Aufsicht der Gemeinschaftsorgane zufallen soll".

2) Es braucht hier auf die Entscheidung des BGH nicht im einzelnen eingegangen zu werden: Eine Übertragung der vom BGH aufgestellten Grundsätze auf Vorschriften der EWG-Vertragsordnung scheitert bereits formell an Art. 177 Abs. 1 lit. a EWGV in Verbindung mit Art. 177 Abs. 3 EWGV. Diese Vorschriften sichern dem EuGH die ausschließlich letztinstanzliche Zuständigkeit zur Auslegung des Vertrages; vgl. hierzu eingehend DAIG in Arch. d. ö. R. 1958, S. 155 ff.
Darüber hinaus liegt dem Urteil des BGH die Montanvertragsordnung zugrunde, die sich von dem EWGV insbesondere in der Struktur unterscheidet.

3) Der BGH, a.a.O., S. 83 u. S. 87 spricht von dem Ziel der "Marktvereinheitlichung", das nach der Montanvertragsverfassung angestrebt werde; im Gegensatz zum Gemeinsamen Markt der EWG allerdings beschränkt auf den wirtschaftlichen Teilbereich der Kohle- und Stahlindustrie.
Der EuGH, RsprGH Bd. IX (1963), S. 24 sieht ausdrücklich in der "Schaffung eines gemeinsamen Marktes", das "Ziel des EWG-Vertrages".

es für die Schutzgesetzproblematik an. Denn es gilt hier in erster Linie den Schutzzweck zu ermitteln. Dieser aber ergibt sich aus dem Inhalt und der Zielsetzung der Norm und des Vertragsganzen. So wie der Vertrag richten sich die einzelnen Vorschriften als seine Bestandteile an diesem Ziel aus. Sie dienen der Verwirklichung des Gemeinsamen Markts bzw. der Sicherung seiner Funktionsfähigkeit.

Den Bezug des EWGV auf den einheitlich zwischenstaatlichen Markt hat der EuGH speziell für die EWG-Wettbewerbsregel des Art. 85 in den Entscheidungen Rs. 56/65[1] und Rs. 56 u. 58/64[2] erneut hervorgehoben. Demgegenüber enthalten die Entscheidungen keine Anhaltspunkte dafür, daß daneben auch Individualinteressen in den Schutzbereich der Verbotsvorschriften des Vertrages einbezogen werden sollen. In den Entscheidungen der Rs. 26/62, Rs. 6/64 und Rs. 57/65 ging es dem EuGH darum, Vorschriften wie denen des Art. 12[3], Art. 37 Abs. 2, Art. 53[4] und Art. 95 Abs. 1[5], die sich primär an die Mitgliedstaaten wenden, dennoch den Charakter von "self-executing" Normen zuzusprechen. Der EuGH war bestrebt, das Vertragsrecht der EWG entsprechend seinen Eigentümlichkeiten von gemeinen völkerrechtlichen Verträgen zu unterscheiden. Daraus erklären sich seine Thesen "daß dieser Vertrag mehr ist als ein Abkommen, das nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den vertragschließenden Staaten begründet" und "daß die Gemeinschaft eine neue Rechtsord-

---

1) RsprGH Bd. XII (1966), S. 303.
2) RsprGH Bd. XII (1966, S. 389.
3) RsprGH Bd. IX (1963), S. 24 ff.
4) RsprGH Bd. X (1964), S. 1273 ff.
5) RsprGH Bd. XII (1966), S. 265 f.

nung darstellt ... deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind"[1].

Vorschriften rein völkerrechtlicher Verträge, die sich an die Vertragsstaaten wenden, berechtigen und verpflichten auch ausschließlich diese. Es bedarf eines staatlichen Hoheitsaktes, um durch sie auch die Individuen der betreffenden Staaten durch Auferlegung von Pflichten und Gewährung von Rechten unmittelbar anzusprechen[2]. Anders das Gemeinschaftsrecht, dessen Vorschriften auch dann, wenn sie sich primär nur mit Unterlassungs- oder Verhaltenspflichten an die Mitgliedstaaten wenden, auch Rechte für die einzelnen Staatsangehörigen gegenüber den Staaten begründen.

Aus der seitens des EuGH erfolgten Anerkennung der Einzelnen als Rechtssubjekte von Vorschriften, die sich an die Mitgliedstaaten wenden, kann jedoch noch nicht gefolgert werden, der EuGH betrachte auch bestimmte Einzelne oder Gruppen von Einzelnen als Schutzsubjekte gewisser Ge- oder Verbotsnormen des EWGV[3]. Die bisher seitens des EuGH erlassenen Entscheidungen zur Frage der unmittelbaren Verbindlichkeit betrafen nur Vorschriften, deren Adressat primär die Mitgliedstaaten waren[4]. Die einzelnen Gemeinschaftsangehörigen konnten sich - soweit für sie die unmittelbare Verbindlichkeit seitens des

---

1) RsprGH Bd. IX (1963), S. 24 f.

2) In diesem Sinn ist auch PRASCH, Unmittelbare Wirkung, S. 75 zu verstehen, wenn er ausführt: "..., und das ist vor allem das Neuartige, ..., daß die Normen, die die Rechte der Einzelnen begründen sich an die Staaten wenden".

3) A.A. wohl MUCH, deuxième colloque international de droit Européen, S. 360 f.

4) Vgl. Art. 12; 37 Abs. 2; Art. 53 und 95 Abs. 1.

EuGH anerkannt wurde - den Mitgliedstaaten gegenüber darauf berufen. Der EuGH hat daher zumindest primär nur die Regelung des Verhältnisses Bürger - Staat i. S. der Gewährung subjektiver öffentlicher Rechte im Auge gehabt.

Allerdings hat der EuGH in dem "Tariefcommissie"-Fall[1] angedeutet, daß auch aus den Vorschriften, die Verpflichtungen für Einzelne begründen, Rechte Einzelner abgeleitet werden können. Hier wird das Verhältnis der Privaten untereinander angesprochen, ein Verhältnis, das insbesondere auch dem Art. 85 zugrundeliegt[2].

Es muß jedoch bezweifelt werden, daß der EuGH mit dieser knappen Bemerkung, ohne jede nähere Begründung, auch auf die Frage nach dem Schutz individueller Rechte durch Gemeinschaftsnormen wie die des Art. 85 anschneiden wollte. Es ist vielmehr anzunehmen, daß der EuGH lediglich auf das formelle Recht der Einzelnen verweisen wollte, sich auf die Verletzung bestimmter, den Einzelnen auferlegten Verhaltens - oder Unterlassenspflichten, in den durch das Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen, vor den nationalen oder auch supranationalen Behörden und Gerichten zu berufen. Dabei blieb dahingestellt, für welche Fälle den Einzelnen dieses Recht zustehen sollte. Insbesondere aber kann hinter dieser Andeutung nicht die Anerkennung materieller Rechte - wie beispielsweise das der individuellen wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit - und die damit verbundene Bejahung des Schutzes der einzelnen Träger dieses Rechts gesehen werden. Eine derartige Annahme

---

1) RsprGH Bd. IX (1963), S. 25.

2) PRASCH, Unmittelbare Wirkung, S. 118.

hätte wegen der damit verbundenen Folgen einer eingehenderen Begründung bedurft. Der EuGH hätte in diesem Fall sicher nicht die Gelegenheit entgehen lassen, in dem später ergangenen MBU-Urteil[1] und (oder)der Grundig-Consten-Entscheidung[2] nochmals eingehender eine derartige Zweckrichtung des Art. 85 hervorzuheben.

Nach Ansicht des EuGH kommt zwar "das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes" "den Einzelnen unmittelbar"[3] zugute. Damit der Gemeinsame Markt jedoch funktionieren kann, mußten Vorschriften zu seiner Schaffung und Erhaltung erlassen werden. Wettbewerbsregeln wie die des Art. 85 haben eine solche Erhaltungsfunktion. Aus ihrer Sicht ist das Individualinteresse am Funktionieren des Gemeinsamen Marktes ein mittelbares, dem mittels der durch den Schutz des Gemeinsamen Marktes verbundenen Reflexwirkung Genüge getan wird.

243. Die Bedeutung der Institution des Gemeinsamen Marktes für die Gesamtheit der Staatsbürger der Mitgliedstaaten

Der durch Art. 85 Abs. 1 bezweckte Schutz des Gemeinsamen Marktes findet letztlich seine Rechtfertigung in dem Ziel, die im Staatsinteresse zusammenlaufenden Belange der Gesamtheit zu wahren.

Wenn oben festgestellt wurde, daß der Gemeinsame Markt eine Institution im Interesse der Mitgliedstaaten ist, so ist bereits darin ein Hinweis auf seine Beziehung zu der Gesamtheit enthalten. Denn

---

1) RsprGH Bd. XII (1966), S. 285 ff.
2) RsprGH Bd. XII (1966), S. 325 ff.
3) RsprGH IX (1963), S. 24.

die Interessen der Mitgliedstaaten an dem Gemeinsamen Markt erklären sich nur daraus, den wirtschaftlichen Belangen der Gesamtheit, der ihnen angehörigen Staatsbürger Rechnung zu tragen. Der EWGV erkennt diese Belange der Gesamtheit ausdrücklich in Art. 2 an. Die dort genannten wirtschaftspolitischen und politischen Ziele nehmen über die Mitgliedstaaten auf die Gesamtinteressen und nicht auf Einzelne Bezug. Der Gemeinsame Markt als ein Mittel zur Verwirklichung dieser Ziele wird daher mittelbar auch zum Bezugspunkt des Allgemeininteresses.

3. Abschnitt

Die Bedeutung des Art. 85 Abs. 3 EWGV für die Schutzzweckermittlung

1. Allgemeine Bemerkungen

Art. 85 Abs. 3 steht mit der Verbotsvorschrift des Art. 85 Abs. 1 nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich insofern in einem unmittelbaren Zusammenhang, als Art. 85 Abs. 3 Einschränkungen des Verbotsbereichs des Art. 85 Abs. 1 vorsieht. Art. 85 Abs. 1 steht zu Abs. 3 zwar in einem Regel-Ausnahmeverhältnis. Systematisch und inhaltlich bildet Art. 85 Abs. 3 jedoch einen Bestandteil der Gesamtnorm des Art. 85. Die Schutzzweckuntersuchung kann daher nicht bei Abs. 1, dem eigentlichen Verbotsteil, stehen bleiben, sondern muß darüber hinaus fragen, ob sich nicht aus Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 weitere Anhaltspunkte für die Schutzzweckbetrachtung ergeben.

2. Die Lehre von dem Erlaubnisvorbehalt und der Schutzzweck des Art. 85 Abs. 1

21. Das Verhältnis zwischen Individualschutz und dem Rechtsschutz der Individuen gegen Freistellungsakte der Kommission

Wird Art. 85 Abs. 3 seiner Rechtsnatur nach als eine Legalausnahme[1)] angesehen, so wäre der Verbotsbereich des Art. 85 Abs. 1 von vornherein kraft

---

1) Vgl. die bei GRUPP, Diss. Tübingen, S. 10, Fn. 1 angegebene Literatur.

Gesetzes auf die nach Art. 85 Abs. 3 nicht legalisierbaren Wettbewerbsbeschränkungen festgelegt. Dementsprechend wäre auch der persönliche Schutzbereich der Norm, der sich mit dem Verbotsbereich deckt, kraft Gesetzes eingeschränkt. Die nach Art. 6 VO Nr. 17 in Anwendung des Art. 85 erfolgende Erklärung hätte nur deklaratorischen Charakter und könnte an der Grenzziehung des Schutzbereichs nichts mehr ändern. Wäre Art. 85 ein Schutzgesetz, so würden in diesem Fall die Einzelnen nur vor bestimmten, nicht legalisierbaren Wettbewerbsbeschränkungen geschützt. Einem derartigen durch Gesetz beschränkten Schutzbereich stehen an sich keine Bedenken entgegen, denn es muß dem Gesetzgeber beziehungsweise den Vertragsschöpfern, die Verbotsvorschriften mit Schutzgesetzcharakter erlassen, unbenommen bleiben, den jeweiligen Umfang des Schutzes festzulegen.

Wird hingegen Art. 85 Abs. 3 als Erlaubnisvorbehalt[1] angesehen, so liegt es bei der Kommission als einer Verwaltungsbehörde, den Schutzbereich durch eine Freistellungserklärung, entsprechend den Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 konstitutiv festzulegen und damit den zunächst weiten Verbotsbereich, der alle Wettbewerbsbeschränkungen i.S. des Abs. 1 erfaßt, einzuschränken.

Eine eindeutige Klärung des Streits um die Rechtsnatur des Art. 85 Abs. 3 hat auch die VO Nr. 17 nicht gebracht. Überwiegend wird jedoch Art. 6 der VO Nr. 17 wegen des Rückwirkungsprinzips als Ausdruck einer vermittelnden Lösung[2] angesehen. Danach ist

---

1) Für diese Meinung sprechen sich die meisten deutschen Autoren aus; vgl. die von GRUPP, a.a.O., S. 9 Fn. 3 angegebene Literatur.

2) DERINGER, WuW/EWG-Kom., Art. 85 Abs. 1, Rz. 1.

das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zwar der von Art. 85 Abs. 1 vorgesehene Grundsatz. Wegen der Möglichkeit rückwirkender Freistellungserklärungen nach Art. 6 Abs. 1 VO Nr. 17, entspricht das praktische Ergebnis jedoch der Lehre von der Legalausnahme, wonach die unter Art. 85 Abs. 3 fallenden Wettbewerbsbeschränkungen auch von Beginn an erlaubt sind.

Dogmatisch unterscheidet sie sich jedoch insofern von der Theorie der Legalausnahme, als bei einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt die Exekutive die Verbotsausnahmen durch konstitutiven Akt festsetzt. D. h., der Verbots- und Schutzbereich wird durch eine Entscheidung der Kommission eingeschränkt, wenn es sich um Vereinbarungen handelt, die unter Art. 85 Abs. 3 fallen.

Wenn i. S. der Lehre vom Erlaubnisvorbehalt Art. 85 Abs. 1 als für alle Wettbewerbsbeschränkungen geltendes Verbot (generelles Verbot) angesehen wird, so müßte dieses in Verbindung mit der Lehre vom Individualschutz zu Art. 85 die Einzelnen auch gegen alle unter Art. 85 Abs. 1 fallenden Wettbewerbsbeschränkungen - gleichgültig, ob nach Art. 85 Abs.3 legalisierbar oder nicht - schützen. Stellt nun die Kommission die Wettbewerbsbeschränkungen, die unter Art. 85 Abs. 3 fallen, von dem Verbot des Art. 85 Abs. 1 frei, dann wird mit diesem konstitutiven Akt den Einzelnen, die durch nur legalisierbare Wettbewerbsbeschränkungen betroffen werden, der Schutz des Art. 85 Abs. 1 wieder entzogen. Gegen diese nachträgliche Versagung des Schutzes müßte sich der Einzelne, der sich auf diese Weise zu Unrecht benachteiligt glaubt, auf dem Weg eines gerichtlichen Verfahrens zur Wehr setzen können. Wäre hingegen ein

Klagerecht für alle durch Art. 85 Abs. 1 geschützten Individuen nicht gegeben, so würde auch dies gegen die Auffassung sprechen, ihr Schutz sei durch Vorschriften des Gemeinschaftsrechts insbesondere der des Art. 85 vorgesehen. Denn es muß davon ausgegangen werden, daß die Vertragsschöpfer, die einerseits im Vertrag Individualschutzgarantien vorsehen, im Falle ihrer Einschränkung durch Akte der Exekutive den dadurch beeinträchtigten Individuen auch die Möglichkeit geben wollten, diese Maßnahmen der Verwaltungsbehörde einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen.

Da es sich hinsichtlich der Freistellungserklärung nach Art. 6 Abs. 1 VO Nr. 17 i. Verb. mit Art. 85 Abs. 3 um eine Entscheidung der Kommission handelt, käme als Grundlage für einen derartigen Rechtsschutz nur Art. 173 Abs. 2 EWGV in Betracht.

Das sich stellende Problem, einerseits eine Popularklage gegen alle Organakte zu ermöglichen, andererseits aber einen möglichst weitgehenden Rechtsschutz zu garantieren, versuchten die Vertragsschöpfer in der Weise zu lösen, daß sie durch Art. 173 Abs. 2 EWGV zwar grundsätzlich jeder Person die Klageberechtigung einräumten, der Ausuferung der Klagebefugnis jedoch durch die Begriffe des unmittelbaren und individuellen Betroffenseins eine Grenze zogen.

Es kann und braucht hier nicht der Versuch unternommen zu werden, generell den Inhalt dieser Begriffe und damit insbesondere die Klagebefugnis von Nichtadressaten der Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane festzulegen. Insoweit wird auf das

einschlägige Schrifttum[1] und die Rechtsprechung des EuGH[2] verwiesen.

Die Rechtsprechung des EuGH zeigt deutlich, daß dieser bei der Auslegung des Begriffs des "individuellen" Betroffenseins die Tendenz der Vertragsschöpfer zur Einschränkung der Klagebefugnis Privater anerkennt und in seinen Entscheidungen sogar unterstützt[3].

In Anbetracht dieser vom Vertrag und der Rechtsprechung des Gerichtshofs her vorgesehenen "strengen Auslese"[4] der subjektiven Klageberechtigung erscheint es ausgeschlossen, bei Annahme eines Individualschutzes, jeder durch Art. 85 geschützten Person eine Klageberechtigung gegen Freistellungsentscheidungen der Kommission zuzubilligen[5]. Sollten in der Tat alle Marktteilnehmer, sei es in der Gestalt als Abnehmer, Lieferanten oder Mitbewerber, deren Interessen am Gemeinsamen Markt oder auch am Wettbewerb im Gemeinsamen Markt durch wett-

---

1) DAIG in A.ö.R. 1958, S. 171 ff, ders. in Festschrift für Riese, S. 202 ff; WOHLFARTH in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 173 Anm. 4; Mühlenhöfer, v.d. Groeben/v.Boeckh, Anm. 11 zu Art. 173; EHLE in NJW 1963, S. 2195, ders., Klage- und Prozeßrecht des EWGV, Anm. 22 ff zu Art. 173; RIEGEL, Diss. Frankfurt a.M., S. 219 ff; DANNER, Diss. Tübingen, S. 89 ff.

2) RsprGH Bd. VIII (1962), S. 1021; Bd. IX (1963), S. 238 ff; Bd. X (1964), S. 895 ff.

3) Vgl. EHLE, Klage- und Prozeßrecht des EWGV, Anm. 27 zu Art. 173.

4) DAIG in A.ö.R. 1958, S. 172.

5) Daß nach EHLE, a.a.O., Anm. 30 zu Art. 173 und DAIG in Festschrift für Riese, S. 203 f u. 207 eine Kartellgenehmigung zwar den Begriff des unmittelbaren Betroffenseins erfüllen kann, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Denn die entscheidende Einschränkung erfährt die Klagebefugnis nach Art. 173 Abs. 2 EWGV aus dem Begriff "individuell".

bewerbsbeschränkungen beeinträchtig würden, bei Genehmigung dieser Kartelle ein Klagerecht haben? Sollten beispielsweise alle derzeitigen, zukünftigen und bei Rückwirkung der Freistellungsentscheidung früheren Außenseiter (z. B. Parallelimporteure) gegenüber bestimmten Vertriebsbindungssystemen ein Klagerecht gegen die Genehmigungsakte der Kommission haben? Oder sollte dies gar allen Käufern der dem Vertriebsbindungssystem unterfallenden Waren zustehen, die sich durch die "Zulassung" der Wettbewerbsbeschränkung und der damit möglichen Veränderungen von Qualität und Preis beeinträchtigt fühlen[1]?

Der Kreis der Klageberechtigten wäre zu weit. Die vom Gesetzgeber verfolgte Tendenz zur Einschränkung der Klagebefugnis und die demzufolge durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätze wären nicht berücksichtigt. Denn die Abnehmer, Lieferanten oder Mitbewerber wären nur selten durch "bestimmte persönliche Eigenschaften oder besondere (sie) aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebende Umstände berührt" und daher "in ähnlicher Weise individualisiert wie die Adressaten"[2]. Eine derartig begrenzte Rechtsschutznorm, wie sie Art. 173 Abs. 2 EWGV darstellt, kann nicht die geeignete prozessuale Grundlage sein für eine Schutznorm mit einem so weiten persönlichen Schutzbereich, wie ihn der Art. 85 bei entsprechender Deutung bilden würde. Dieser

---

1) STEINDORFF, Rechtsschutz und Verfahren, S. 96 bringt ein weiteres Beispiel, das die Unhaltbarkeit einer derartigen These zeigt: STEINDORFF erscheint es zweifelhaft, ob Erzeuger, deren Lieferungen nicht mit den Rabattstaffeln eines Gesamtumsatzrabattkartells berücksichtigt werden, eine Nichtigkeitsklage gegen die Freistellungserklärung der Kommission haben.

2) RsprGH Bd. IX (1963), S. 238.

Mangel an einer vollständigen gerichtlichen Kontrollmöglichkeit aber bildet ein weiteres Indiz dafür, daß es gemäß dem System des EWGV auch in Art. 85 nicht um den Schutz der Interessen Einzelner gehen kann.

Neuerdings wurde hinsichtlich des Verbotsbereichs des Art. 85 Abs. 1 von E. KOCH[1] eine Theorie aufgestellt, die es im Falle ihrer Haltbarkeit ermöglicht, die sich aus der Divergenz von materieller Schutznorm und formeller Schutzgarantie ergebenden Zweifel zu umgehen.

E. KOCH trifft innerhalb des Verbots des Art. 85 Abs. 1 eine Unterscheidung in einen repressiven und einem präventiven Verbotskern. Die gemäß Art. 85 Abs. 3 legalisierbaren Wettbewerbsbeschränkungen sind nach E. KOCH nicht durch das eigentliche Verbot des Art. 85 Abs. 1 erfaßt. Sie stehen nur unter einem präventiven Verwaltungsverbot, d. h. einem Gebot, sich durch Anmeldung der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 und 5 VO Nr. 17 der Kontrolle der Verwaltung zu stellen, damit diese ihre endgültige Erlaubnis zur Durchführung dieser aus Art. 85 Abs. 3 gerechtfertigten Wettbewerbsbeschränkung gibt. Nur die nicht legalisierbaren Wettbewerbsbeschränkungen fallen nach E. KOCH unter ein repressives Verbot, d. h. sie sind von Beginn an verboten, müssen allerdings bis zu der ihre Freistellung ablehnenden Erklärung der Kommission als gültig[2] hingenommen werden.

Nach der Auffassung von E. KOCH ist Art. 85 Abs. 1 nur insoweit Schutzgesetz, als es nicht legalisierbare Wettbewerbsbeschränkungen verbietet, d. h. hinsichtlich seines repressiven Verbotsgehalts.

---

1) E. KOCH, Schadensersatz, S. 74 ff.

2) a.a.O., S. 87.

Entsprechend des unterschiedlichen Verbotsgehalts des Art. 85 Abs. 1 nimmt E. KOCH eine Differenzierung hinsichtlich des Schutzgesetzcharakters des Art. 85 Abs. 1 vor. Nach E. KOCH ist der Schutzbereich des Verbots kraft Gesetzes auf den Schutz der Individualinteressen beschränkt, die durch nicht legalisierbare Wettbewerbsbeschränkungen beeinträchtigt werden. Demgegenüber erfahren die Interessen der Individuen, die durch legalisierbare Wettbewerbsbeschränkungen nachteilig berührt werden, kraft Gesetzes keinen Schutz, denn sie sind nicht repressiv verboten. Es bedarf also nach dieser Lehre zur Einschränkung des Verbots- und Schutzbereichs des Art. 85 Abs. 1 keines nachfolgenden Aktes durch die Kommission. Die Nichtanwendbarkeitserklärung ist daher nur "Erlaubnis zur Herstellung der natürlichen Handlungsfreiheit"[1], nicht Ausnahmebewilligung. Dementsprechend würde sich auch nicht das Problem der Klageberechtigung der Personen stellen, die durch behördliche Legalisierung von Wettbewerbsbeschränkungen ihres Schutzes nach Art. 85 Abs. 1 verlustig gehen.

Die von E. KOCH getroffene Unterscheidung in einen repressiven und einen präventiven Verbotskern des Art. 85 Abs. 1 stößt sowohl auf systematische als auch auf inhaltliche Bedenken und scheint sich nur aus dem Bestreben zu erklären, die Rechtsunsicherheit bei der Gewährung zivilrechtlicher Ansprüche aus Art. 85 Abs. 1 in Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB soweit wie irgend möglich einzudämmen. Die eigentliche und für die Schutzgesetzproblematik allein in Betracht kommende Auslegung nach Inhalt, Zweck

---

1) a.a.O., S. 84.

und Systematik der Rechtsnorm tritt dieser rechtspolitischen Tendenz gegenüber in den Hintergrund.

Zunächst erscheint fraglich, ob die Kombination eines präventiven mit einem repressiven Verbot innerhalb einer einzigen Norm nach der Verwaltungsrechtslehre überhaupt zulässig ist. E. KOCH räumt selbst ein, daß die Verwaltungsrechtslehre beide Verbote zur dogmatischen Unterscheidung grundsätzlich gegenüberstellt[1]. Es gelingt ihm aber nicht nachzuweisen, daß in der Praxis einzelne Rechtsvorschriften sowohl repressiven als auch präventiven Gehalt haben können. Der Hinweis auf FRIAUFS Ausführungen zu diesem Problem gibt keinen hinreichenden Aufschluß. FRIAUF begnügt sich mit der Feststellung, daß "präventive und repressive Verbote auch kombiniert auftreten können"[2]. Diese Äußerung läßt offen, ob sie kombiniert innerhalb einer Rechtsvorschrift oder aber nur eines Normenbereichs enthalten sein können. Das bei FRIAUF in einer Fußnote genannte Beispiel aus dem Baurecht läßt erkennen, daß FRIAUF die Kombination von präventiven Verbotsnormen und repressiven Verbotsnormen innerhalb eines ganzen Regelungsbereichs - hier des Baurechts - meint.

Die KOCH'sche Lehre läßt sich nicht mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Verbots des Art. 85 Abs. 1 verbinden. Eine einheitliche Norm kann nicht ohne die Verletzung systematischer Grundsätze in ein formelles Verbot, das inhaltlich einem Gebot (Anmeldegebot) entspricht, und in ein materielles Verbot aufgespalten werden. Art. 85 Abs. 1 erklärt Wettbewerbsbeschränkungen schlechthin für verboten.

---

1) a.a.O., S. 76 ff.

2) in JuS 1962, S. 424.

Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß dem ausdrücklichen Verbot nur teilweise materielle Bedeutung zukommen soll.

Art. 85 Abs. 3 steht zu Art. 85 Abs. 1 in einem Regel-Ausnahmeverhältnis. Es bedarf gerade zur Einschränkung eines generellen Verbots der Ausnahmeregelung des Art. 85 Abs. 3, von deren Grundlage aus die Verwaltung dann die Ausnahme konstitutiv für gegeben oder aber nicht gegeben erklärt. Nicht erhält Art. 85 Abs. 1 in sich selbst bereits eine Aufgliederung in ausnahmefähige und nicht ausnahmefähige Wettbewerbsbeschränkungen.

Dogmatisch liefe die KOCH'sche Theorie auf die der Legalausnahme hinaus. KOCH räumt dies selbst ein[1]. Er versucht jedoch einer Kollision dieser These mit seiner Auffassung von der Rechtsnatur des Art. 85 Abs. 3 als Erlaubnisvorbehalt durch die Unterscheidung in eine zivilrechtliche und eine verwaltungsrechtliche Seite zu verhindern. Der für eine Theorie des Erlaubnisvorbehalts notwendigerweise konstitutive Freistellungsakt der Verwaltung sei konstitutiv zwar nicht dem Bürger gegenüber, jedoch der Verwaltung selbst gegenüber[2].

Konstitutiv ist ein Akt jedoch gerade dann, wenn er Rechtswirkungen für den Betroffenen zeitigt, die zuvor nicht gegeben sind. Wenn KOCH zur Begründung eines bloß verwaltungsrechtlich konstitutiven Aktes WOLFF[3] zitiert, dann führt dies zu Mißverständnissen. Denn WOLFF sieht das Konstitutive des Verwaltungsaktes darin, daß dieser die "Voraussetzung der

---

1) a.a.O., S. 84.

2) E. KOCH, a.a.O., S. 84.

3) Verwaltungsrecht, Bd. I, § 48, II, a 1.

Rechtmäßigkeit dessen ist, was er erlaubt"[1]. Nach WOLFF wird die Erlaubnis unter anderem für bestimmte Tätigkeiten gegeben. Da sich der erlaubende Verwaltungsakt aber immer als Hoheitsakt an den Bürger richtet, liegt das Konstitutive in der verbindlichen Feststellung der Rechtmäßigkeit der Tätigkeit den Bürgern gegenüber. Die Selbstbindung der Verwaltung dagegen ist kein konstitutiver Teil des Verwaltungsaktes, sondern ergibt sich unabhängig davon aus dem Gesetz selbst oder - wie insbesondere im Rahmen von Ermessensentscheidungen - aus dem Gleichheitssatz[2].

Wird daher die Rechtsnatur des Art. 85 Abs. 3 mit der herrschenden Meinung in der BDR, der auch KOCH sich im Prinzip angeschlossen hat, in einem Erlaubnisvorbehalt gesehen, und bedarf es daher im Gegensatz zur Legalausnahme zur Begründung der Rechtmäßigkeit der Wettbewerbsbeschränkungen eines besonderen konstitutiven Aktes dem Bürger bzw. Unternehmen gegenüber, so hängt auch das zivilrechtliche Unwerturteil von diesem konstitutiven Akt der Kommission ab. Die verwaltungsrechtliche und zivilrechtliche Rechtmäßigkeit und deren Begründung decken sich. Was für die Unternehmen bereits rechtmäßig wäre, bedürfte keiner konstitutiven Rechtmäßigkeitserklärung der Verwaltung mehr. Sie selbst aber wäre in ihrem Verhalten bereits durch das Gesetz gebunden. Entweder man schließt sich der Theorie von der Legalausnahme an und schränkt damit den persönlichen Verbots- und Schutzbereich des Art. 85 Abs. 1 kraft Gesetzes, d. h. durch Art. 85 Abs. 1, unmit-

---

1) WOLFF, a.a.O.

2) FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 91.

telbar ein oder aber man folgt der Lehre vom Erlaubnisvorbehalt. Im letzteren Fall wird der gesetzlich umrissene Verbots- und Schutzbereich durch konstitutive Feststellung der Rechtmäßigkeit durch die Verwaltung (Versagung der Freistellung) eingeschränkt. Die sich daran anknüpfenden Bedenken gegen den Schutzgesetzcharakter, die sich aus der beschränkten Reichweite der Rechtsschutznorm des Art. 173 Abs. 2 ergeben, bleiben dann nach wie vor bestehen.

3. Der materielle Gehalt des Art. 85 Abs. 3 und seine Bedeutung für die Zweckinterpretation

Die drei Absätze des Art. 85 bilden systematisch eine Einheit. Art. 85 Abs. 3 enthält eine Ausnahme zu der Regel des Art. 85 Abs. 1. Was in Art. 85 Abs. 1 verboten wird, kann ausnahmsweise, wenn die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 vorliegen, erlaubt werden.

Das Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen Art. 85 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 3 findet seinen eigentlichen Grund nicht in einem unterschiedlichen Normzweck, sondern nur in sich voneinander unterscheidenden Methoden, bestimmte sich grundsätzlich deckende Zielsetzungen zu verwirklichen. Gemeinsam ist beiden Normteilen, durch Gewährleistung bestimmter wirtschaftspolitischer Institutionen nach Abs. 1, bzw. durch Förderung bestimmter wirtschaftspolitisch vorteilhafter Einzelergebnisse nach Abs. 3 den gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen des Art. 2 EWGV zu entsprechen und damit den Belangen der Allgemeinheit zu dienen.

Grundsatz des Art. 85 ist es, gemäß Abs. 1 wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zu verbieten,

weil diese der Errichtung und Erhaltung eines Gemeinsamen Marktes i. S. einer wirtschaftlichen Durchdringung der sechs Volkswirtschaften hinderlich sein könnten und ihn auf diese Weise funktionsunfähig machen würden. Positiv ausgedrückt, der Gemeinsame Markt soll in seiner Funktionsfähigkeit geschützt werden. Funktionsfähig ist hier gleichbedeutend mit der Fähigkeit des Gemeinsamen Marktes, zu der Verwirklichung der in Art. 2 genannten Ziele beizutragen.

Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen sind jedoch trotz ihrer ungünstigen Wirkungen für den Gemeinsamen Markt dann nicht zu verbieten, wenn die mittels der Institution des Gemeinsamen Marktes angestrebten Ziele auch unmittelbar durch positive Wettbewerbsbeschränkungen i. S. des Art. 85 Abs. 3 erreicht werden können.

31. Die Kriterien der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung

Die Billigung der Wettbewerbsbeschränkungen mit diesen Wirkungen folgt aus der Überlegung, daß durch dieselben unmittelbar Vorteile für die Allgemeinheit geschaffen werden, die sonst nur mittelbar über den Gemeinsamen Markt selbst erreicht werden. Die Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung dient einer Hebung des Lebensstandards und einer optimalen Bedürfnisbefriedigung[1] und entspricht mithin dem Ziel der "beschleunigten Hebung der Lebenshaltung" nach Art. 2 EWGV.

---

1) SCHLUEP, Alleinvertriebsvertrag, S. 163.

32. Die Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts

Der technische und wirtschaftliche Fortschritt ist eine wesentliche Voraussetzung zu einer "harmonischen Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft", einer "beständigen und ausgewogenen Wirtschaftsausweitung" und einer "beschleunigten Hebung der Lebenshaltung"[1].

Eine Vernachlässigung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts zugunsten eines freien oder möglichst umfassenden Wettbewerbs im Interesse der Schaffung und Erhaltung eines Gemeinsamen Marktes würde u. a. auf lange Sicht eine Konkurrenzunfähigkeit europäischer Wirtschaftsunternehmen gegenüber denjenigen aus Drittländern bewirken. Die Folgen wären nationale oder übernationale protektionistische Maßnahmen, was zu einer Retardierung der Entwicklung des Wirtschaftslebens in der EWG, folglich zu einer Verhinderung einer Wirtschaftsausweitung und damit letztlich zur Senkung der Lebenshaltung führen würde. Ein Ergebnis also, das durch kurzfristige Aufrechterhaltung des Wettbewerbs nicht gerechtfertigt wäre.

33. Das Kriterium der Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn

Die beiden unter 31. und 32. genannten Alternativvoraussetzungen stehen unter dem Vorbehalt der "angemessenen Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn".

---

1) Vgl. Art. 2 EWGV.

Bereits der Wortlaut der Klausel läßt erkennen, daß hiermit ein Interesse der Verbraucher[1] i. S. der Allgemeinheit der Verbraucher berücksichtigt werden soll. Dies schließt nicht aus, daß auch die tatsächliche Beteiligung eines Einzelnen, oder einer kleinen Gruppe von Abnehmern, an dem entstehenden Gewinn ausreicht. Eine derartige Wirkung ist möglich, wenn durch die Abrede lediglich den Abnehmern einer bestimmten Branche ein Nutzen zuteil wird. Maßgebend ist auch hier das Ziel der Befreiungsklausel des Art. 85 Abs. 3, das nicht auf die Gewinnbeteiligung eines einzelnen Verbrauchers, sondern einer Vielzahl von Verbrauchern i. S. einer Allgemeinheit ausgerichtet ist. Deckt sich der Inhalt der freizustellenden Wettbewerbsbeschränkung mit dem Ziel dieses Freistellungskriteriums, so ist selbst dann wenn durch sie faktisch nur ein Einzelner betroffen wird, die Freistellungsvoraussetzung erfüllt. Eine Gewinnbeteiligung i. S. dieses Kriteriums wäre jedoch dann nicht gegeben, wenn ein bestimmter Verbraucher oder eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern aus der Allgemeinheit heraus bewußt bevorzugt würde. Hierin läge eine Diskriminierung der übrigen potentiell am Gewinn zu beteiligenden Verbraucher, die durch Art. 85 Abs. 3 nicht gedeckt sein kann.

Auch durch dieses Kriterium wird daher die Vorrangigkeit der wirtschaftspolitischen Zielsetzung gegenüber etwaigen Einzelinteressen, die der gesamten Vorschrift eigen ist, deutlich. Das Merkmal

---

1) Bezgl. des Innalts des Begriffs "Verbraucher" i. S. von Abnehmer der Ware oder gewerblichen Leistung, statt vieler DERINGER, Wu W/EWG-Kom., Art. 85 Abs. 3,Rz. 29 f und die dort angegebene Literatur.

der Gewinnbeteiligung der Verbraucher findet im wesentlichen seine Entsprechung in dem Vertragsziel der beschleunigten Hebung der Lebenshaltung gemäß Art. 2 EWGV.

34. Die Kriterien der Unerläßlichkeit und der Wettbewerbsausschaltung

Den positiven Voraussetzungen für eine Legalisierung von Wettbewerbsbeschränkungen i. S. des Art. 85 Abs. 1 stehen zwei weitere negative Voraussetzungen ausdrücklich gegenüber. Auch sie orientieren sich nicht an Einzelinteressen, sondern an gesamtwirtschaftlichen Überlegungen.

341. Das Kriterium der Unerläßlichkeit

Wenn die Erreichung der in Abs. 3 genannten positiven Ziele auch ohne eine Beschränkung des Wettbewerbs i. S. des Art. 85 Abs. 1 möglich ist, wenn mithin die Gefährdung des Gemeinsamen Marktes nicht zugunsten anderer wirtschaftspolitischer Ziele hingenommen zu werden braucht, dann scheidet eine Legalisierung dieser Wettbewerbsbeschränkung aus. Denn ohne die Wettbewerbsbeschränkung würde mehr für den Nutzen der Gesamtwirtschaft erreicht. Der Wettbewerb bliebe nämlich unbeschränkt, und die Aussicht auf die genannten Vorteile bliebe zusätzlich bestehen.

342. Das Kriterium der Wettbewerbsausschaltung

Das zu Punkt 341. Ausgeführte gilt entsprechend, wenn die Wettbewerbsbeschränkung zwar ein unerläßliches Mittel zur Erreichung der gesamtwirtschaft-

lichen Vorteile wäre, jedoch die Beschränkung so stark ist, daß die Gefahr einer völligen Ausschaltung des Wettbewerbs auf einem relevanten Markt besteht. In diesem Fall verlieren die in Art. 85 Abs. 3 genannten wirtschaftlichen Vorteile ihre Bedeutung gegenüber den für den Gemeinsamen Markt nicht tragbaren Nachteil einer völligen Ausschaltung des Wettbewerbs. Die Garantie eines Mindestmaßes an funktionsfähigem Wettbewerb wird in Art. 85 höher veranschlagt als die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung, bzw. Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Gewinnbeteiligung der Verbraucher.

E. KOCH[1] versucht darzulegen, daß Art. 85 Abs. 3 lit. b das seiner Meinung nach in Art. 85 Abs. 1 enthaltene Schutzgut der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit wieder aufnimmt. Er sieht daher gerade in Art. 85 Abs. 3 lit. b eine "Bestätigung dafür, daß den Wettbewerbsvorschriften neben ökonomischen Effekten der Schutz wirtschaftlicher Freiheit angelegen ist"[2]. E. KOCH erhärtet seine These jedoch allein mit der unmittelbaren Ableitung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit aus dem Begriff des Wettbewerbs. Daß der Schutz des Wettbewerbs und der Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit jedoch zwei unterschiedliche Zielrichtungen sind, die nur unter bestimmten Voraussetzungen gemeinsam von einer Rechtsvorschrift verfolgt werden, wurde bereits nachgewiesen[3].

---

1) E. KOCH, Schadensersatz, S. 38 f.

2) E. KOCH, a.a.O., S. 38.

3) Vgl. oben S. 56 ff.

Der Wortlaut und Sinnzusammenhang des Art. 85 Abs. 3 mit Art. 85 Abs. 1 legt vielmehr den Schluß nahe, daß durch Art. 85 Abs. 3 lit. b ein Mindestgehalt an Wettbewerb als Institution garantiert werden soll, damit dieser wesentliche Faktor zur Erreichung und Erhaltung des Gemeinsamen Marktes nicht auf Kosten geringwertigerer Vorteile völlig ausgeschaltet wird.

4. Abschnitt

Die Bedeutung des Beispielkatalogs des Art. 85 Abs. 1 EWGV für die Schutzzweckermittlung

1. Allgemeine Bemerkungen

Das Wettbewerbsbeschränkungsverbot des Art. 85 Abs. 1 wird anhand von Beispielsfällen in lit. a - c erläutert. In den in lit. d und e genannten Beispielen wird im Gegensatz zur Generalklausel des Art. 85 Abs. 1 auf bestimmte Personengruppen hingewiesen. So weist z. B. Art. 85 Abs. 1 lit. d ausdrücklich auf die Mißbilligung diskriminierender Verhaltensweisen und Boykottmaßnahmen gegenüber "Handelspartnern" hin. Art. 85 Abs. 1 lit. e verbietet Kartellabsprachen, die Koppelungsgeschäfte vorsehen und damit ungünstige Bedingungen für "Vertragspartner" enthalten.

Insbesondere an diese beiden genannten Beispielsfälle und an die Fälle des Art. 85 Abs. 1 lit. c knüpfen verschiedene Autoren an, die dem Art. 85 Abs. 1 je nach der Art der Wettbewerbsbeschränkung entweder Individualschutz- oder Universalschutzcharakter beimessen[1].

---

1) In diesem Sinn EVERLING in Wohlfahrt/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 85 Anm. 14; BAUMBACH/HEFERmehl, Kom. z. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., Anh.Rz. 25 zu Art. 85 EWGV; GLEISS/HIRSCH, Kom. z. EWG-Kartellrecht Rz. 104 zu Art. 85; KAUL in AWD BB 1963, S. 102. Im Ergebnis hiermit übereinstimmend wohl auch COING/KRONSTEIN/SCHLOCHAUER, EWG-Studien, S. 23 ff. Die letztgenannten Autoren gehen allerdings von dem Grundsatz aus, daß - wie oben ausgeführt wurde - die Errichtung und Erhaltung des Gemeinsamen Marktes Ziel des Schutzes der in Art. 85 Abs. 1 genannten Rechtsgüter ist. Da sie aber den Begriff Gemeinsamer Markt inhaltlich als die Gemeinschaft der am Markt teilnehmenden Wirtschaftssubjekte deuten, sind nach ihrer Auffassung diese zumindest in den Fällen der Behinderung und Verdrängung am (vom) Markt geschützt. Sie treten daher auch, anknüpfend an den Beispielkatalog des Art. 85 Abs. 1, für eine kasuistische Betrachtungsweise ein.

Von dieser kasuistischen Betrachtungsweise unterscheiden sich wiederum andere Autoren, die dem Beispielkatalog einzelne Verbote mit eigenem Normcharakter entnehmen wollen[1].

2. Die kasuistische Betrachtungsweise

Anläßlich der eingangs erfolgten Darlegung des Schutzgesetzbegriffs in § 823 Abs. 2 BGB und § 35 GWB war darauf hingewiesen worden, daß auch die Vorschriften Schutzgesetzcharakter haben können, die zwar die Allgemeinheit, daneben aber auch die Individuen zu schützen bezwecken. Dementsprechend gibt es auch im Rahmen der Schutzgesetzdiskussion zum deutschen GWB Stimmen in der Literatur, die dem GWB als solchem aber auch einzelnen Vorschriften, wie insbesondere § 1 GWB, einen Doppelschutzcharakter zusprechen.

Zwischen einer Norm mit doppeltem Schutzzweck und der kasuistischen Betrachtungsweise zu Art. 85 Abs. 1 besteht jedoch ein erheblicher Unterschied. Während § 823 Abs. 2 BGB und in gleicher Weise § 35 GWB Vorschriften voraussetzen, deren Zweck ausschließlich oder aber in Verbindung mit anderen Zwecken, generell darauf gerichtet ist, den Einzelnen zu schützen, soll nach dieser Lehre der Schutzzweck des Art. 85 Abs. 1 von Fall zu Fall festgelegt werden. Der Schutzzweck der Norm wäre nicht von vornherein, entsprechend einem objektivierten Willen des Gesetzgebers festgelegt und deshalb auch methodo-

---

1) THIESING in v.d. Groeben/v. Boeckh, Anm. 12 zu Art. 85. KAUL in AWD BB 1963, S. 102 und E. KOCH, Schadensersatz, S. 38 nehmen hinsichtlich der beiden Lehrmeinungen keine Differenzierung vor und übersehen dabei, daß diese sich zwar im Ergebnis entsprechen, jedoch unterschiedliche Ansatzpunkte haben.

logisch feststellbar. Vielmehr würde der Schutzzweck für jeden einzelnen dieser Vorschrift unterfallenden Sachverhalt neu zu ermitteln sein. Damit würde der konkrete Sachverhalt den abstrakten Schutzzweck festlegen und je nach den äußeren Umständen würde Art. 85 einmal Individualschutznorm sein und ein anderes Mal nicht.

Mit diesen methodologischen Schwierigkeiten eng verbunden ist die Überlegung, daß ein vom Einzelfall her zu ermittelnder Schutzzweck zur Festlegung der Schutzgesetzeigenschaft und damit auch der Rechtsfolgen der Willkür Vorschub leisten würde[1]. Die Gebote der Gleichbehandlung als auch das der Rechtssicherheit wären in diesem Fall nicht gewährleistet.

Darüber hinaus ist diese Auffassung aus Gründen der Systematik des Normganzen nicht haltbar. Wäre Art. 85 Abs. 1 für bestimmte Fälle Schutznorm und für andere nicht, so wäre die Einheitlichkeit der Vorschrift aufgehoben[2]. Der Generalklausel, die durch die in lit. a - c genannten Beispiele nur erläutert werden soll, würden je nach Sachlage unterschiedliche Schutzrichtungen zugrunde liegen.

Unstreitig ist es der Sinn des Beispielkatalogs, den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in der Generalklausel des Art. 85 Abs. 1 zu erläutern. Normbestandteile, die lediglich die verbotenen Maßnahmen verdeutlichen, haben darüber hinaus keine weitere Funktion. Würden sie der Verbotsnorm einen weiteren Schutzzweck beigeben, so würden sie die Tragweite der Verbotsnorm erweitern und auf diese

---

1) E. KOCH, Schadensersatz, S. 38.

2) Hierauf weist bereits v. GAMM, Kartellrundschau Heft 3, S. 33 hin.

Weise ihren Charakter als Beispiele aufgeben[1].

Die Erwähnung der "Handelspartner" und "Vertragspartner" in Art. 85 Abs. 1 lit. d und e erklärt sich nicht aus einem Bedürfnis zur Hervorhebung eines bestimmten Schutzzwecks des Art. 85 Abs. 1, sondern aus gesetzestechnischen Gründen. Typische Fälle der Wettbewerbsbeschränkung sollten in einem Beispielkatalog umschrieben werden. Zu ihnen gehören die Diskriminierung und die Absprachen, in denen Koppelungsgeschäfte vorgesehen sind. Eine Umschreibung des Begriffs einer wettbewerbsrechtlichen Diskriminierung oder des Begriffs wettbewerbsbeschränkender Koppelungsgeschäfte aber macht die Bezeichnung der in Betracht kommenden Gruppen der Marktgegenseite wie der der Handelspartner und Vertragspartner erforderlich. Die Hervorhebung dieser Personengruppen versteht sich als gesetzestechnisches Mittel, nicht aber als Hinweis auf einen besonderen Normzweck für bestimmte Formen der Wettbewerbsbeschränkungen.

3. Art. 85 Abs. 1 als Mehrheit von Verbotsvorschriften mit unterschiedlichem Schutzzweck

Von der zuvor genannten Lehre, die aus dem Beispielkatalog Rückschlüsse auf den Schutzzweck der Verbotsvorschrift des Art. 85 Abs. 1 zieht, ist die Auffassung zu unterscheiden, die dem Beispielkatalog selbst einzelne Verbotsvorschriften entnehmen will.

---

1) Vgl. die Bemerkung SPENGLERS im Gemeinschaftskom., EWG-Kartellrecht, Erl. Rz. 38: Der Beispielkatalog erweitere oder verringere nicht die Tragweite des Kartellverbots. - Bei Annahme eines Individualschutzes für bestimmte Fälle würde jedoch die Tragweite des Verbots erweitert werden.

Dieser Auffassung scheint THIESING zuzuneigen, wenn man nach seiner Meinung die in Art. 85 Abs. 1 lit. c u. d enthaltenen Verbote "als Vorschriften ansehen kann, die i. S. von § 823 Abs. 2 BGB nicht nur den Schutz der Allgemeinheit, sondern auch der benachteiligten Vertragspartner bezwecken"[1].

Den Gedanken zu einer derartigen Verselbständigung der in Art. 85 Abs. 1 genannten Beispielsfälle zu Verbotsvorschriften entnimmt THIESING dem § 35 GWB. Diese Vorschrift geht von einer Differenzierung der einzelnen Bestimmungen des GWB in Gesetze mit und ohne Schutzgesetzcharakter aus. Es läßt sich jedoch in dieser Hinsicht keine Parallele zwischen dem GWB und Art. 85 EWGV ziehen. Das GWB folgt einer anderen Systematik als die EWG-Wettbewerbsregeln. Während im deutschen GWB das Enumerationsprinzip gilt, wonach einzelne Rechtsvorschriften bestimmte Formen von Wettbewerbsbeschränkungen und Mißbrauchshandlungen erfassen, gelten im EWG-Wettbewerbsrecht Generalklauseln, die summarisch alle Beschränkungs-, Verfälschungs- und Mißbrauchsvorgänge regeln. Den einzelnen selbständigen Rechtsvorschriften des GWB konnten von vornherein bestimmte Schutzbereiche zugewiesen werden. Hingegen ist es in der Literatur allgemein anerkannt, daß die in Art. 85 Abs. 1 lit. a - d genannten Fälle nur Beispiele[2] zur Erläuterung des in der Generalklausel verwendeten Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung sind. Würden daher die

---

1) THIESING in v.d. Groeben/v. Boeckh, Anm. 12 zu Art. 85.

2) Diese Lehre kann sich in erster Linie auf das dem Katalog vorangehende Wort "insbesondere" stützen; vgl. EVERLING in Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung, Art. 85 Anm. 5; DERINGER WuW/EWG-Kom., Art. 85, Rz. 51; KLEEMANN, EWG-Wettbewerbsregeln, S. 45.

Beispielsfälle wie die des lit. c u. d und möglicherweise auch des lit. e als besondere Verbotsnormen angesehen werden, denen ein gegenüber der Generalklausel besonderer Schutzumfang zukäme, so würden sie sowohl systematisch als auch inhaltlich über ihre Erläuterungsfunktion hinausgehen.

Schlußbemerkung:

Die hier angestellte Untersuchung hat ergeben, daß es Art. 85 Abs. 1 um die Erhaltung der Institution des Gemeinsamen Marktes geht. Aus diesem Grund konnte ihm eine Schutzgesetzeigenschaft nicht beigemessen werden. Durch Verstöße gegen Art. 85 Abs. 1 verletzte Personen können daher Schadensersatzansprüche nicht auf § 823 Abs. 2 BGB stützen.

Sollte es aus rechts- oder gesellschaftspolitischen Gründen als notwendig angesehen werden, eine umfassende Grundlage für Schadensersatzansprüche aller durch einen Verstoß gegen Art. 85 EWGV Verletzten zu schaffen, so bliebe es den Gemeinschaftsorganen überlassen, auf der Grundlage des Art. 87 EWGV eine gemeinschaftsrechtliche Regelung der Schadensersatzfrage vorzunehmen. Bereits im Jahre 1961 wurde es in einer Entschliessung des Europäischen Parlaments[1)] für unerläßlich angesehen "möglichst bald auch die Frage des Schadensersatzes" bei Verstößen gegen die Art. 85/86 EWGV "einheitlich" zu regeln.

---

1) ABlEG 1961, S. 1409.

Literaturverzeichnis

BALLERSTEDT, Kurt	Übernationale und nationale Marktordnung, Tübingen 1955.
BAUMANN, Jürgen	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bielefeld 1961.
BAUMBACH, Adolf HEFERMEHRL, Wolfgang	Kommentar zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 8. Aufl. München, Berlin 1960 und 9. Aufl. Bd. I, 1964.
BECKMANN, Peter	Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968.
BEIER, Friedrich-Karl	Die Kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt und den USA. in: GRUR AIT 1964, S. 84 ff.
BELKE, Rolf	Relevanter Markt und vertikale Wettbewerbsbeschränkung. in: ZHR 1968, S. 240 ff.
BENISCH, Werner	Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit. in: WuW 1961, S. 764 ff. Anmerkung zu einer Entscheidung des LG München in: BB 1963, S. 301 ff.
BIEDENKOPF, Kurt	Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. in: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Beiträge von Biedenkopf, Callmann, Deringer (zit.: Aktuelle Grundsatzfragen).

BOHLIG, Manfred PREU, Albert	Die Behandlung der Anmeldungen von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nach dem EWG-Kartellrecht. in: Mitteilungen vom Verband deutscher Patentanwälte 1962, S. 225 ff.
BORCHARDT, Knut FIKENTSCHER, Wolfgang	Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.
BRUGGER, Gustav	Zur Auslegung des § 1 GWB in: WuW 1959, S. 467 ff.
v. BRUNN, Johann Heinrich	Die Verpflichtung der EWG-Staaten zur Wettbewerbswirtschaft. in: Kartellrundschau, Heft 6, Köln, Berlin, Bonn und München 1965.
BÜHLER, Ottmar	Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.
BUNDESKARTELLAMT	Tätigkeitsbericht 1961 in: Bundestag-Drucksache IV, Nr. 378, S. 61 f.und in: BB 1959, S. 252 und in: BB 1960, S. 962 f.
CATALANO, Nicola	Manuel de droit des Communautés Européennes, Paris 1965.
CLEMENT, Bernard	La délimitation des compétences respectives de la Commission du Marché Commun et des autorités nationales en matière de cartels. in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 377 ff.

COING, Helmut

Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin 1950

Zur Auslegung des Art. 85 EWG-Vertrag.
in: ZHR 1963, S. 271 ff.

COING, Helmut
KRONSTEIN, Heinrich
SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen

Das Verhältnis des deutschen Kartellrechts zu den kartellrechtlichen Vorschriften (Art. 85 ff) des Vertrages über die Gründung der EWG.
in: Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Frankfurt a.M., Bd. 7, 1958
(zit.: Frankfurter Gutachten)

Schadensersatzansprüche bei einer Verletzung des Art. 85 und 86 des Vertrages zur Gründung der EWG.
in: Studien im Auftrag der EWG-Kommission, Reihe Wettbewerb, Brüssel 1966, S. 7 ff
(zit.: EWG-Studien)

DAIG, Hans-Wolfram

Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.
in: A.ö.R. 1958, S. 132.

Zum Klagerecht von Privatpersonen nach Art. 173 Abs. 2 EWG-, 146 Abs. 2 EAG-Vertrag,
in: Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964.

DANNER, Wolfgang

Die Klagemöglichkeit privater Personen gegen Maßnahmen der Kommission, die an Mitgliedstaaten gerichtet sind nach Art. 173 Abs. 2 EWG-Vertrag, Diss. Tübingen 1965.

DERINGER, Arved	Das Wettbewerbsrecht der EWG, WuW-Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln nebst Durchführungsverordnungen und Richtlinien (Loseblatt-Kommentar) (zit.: WuW/EWG-Kom.)
	Das Kartellrecht des EWG-Vertrages im Verhältnis zum nationalen Recht in: Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft, Heft 68, Karlsruhe 1965.
DETMOLD, Georg	Der Begriff des Schutzgesetzes in § 823 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in: Festgabe für Ferdinand Regelsberger, Leipzig 1901.
DÖLLE, Hans	Zur Problematik mehrsprachiger Gesetzes- und Vertragstexte in: Rabels Z 1961, S. 4 ff.
DOMBOIS, Hans	Zum Begriff der Institution in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart, Berlin 1966,Sp.791 ff
EHLE, Dietrich	Verhältnis des europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht in: NJW 1964, S. 2331 ff.
	Kommentar zum Klage- und Prozeßrecht des EWG-Vertrages, Herne, Berlin ab 1966.
ELLIS, Joseph, J.	Les règles du commerce du Traité de Rome applicables aux entreprises in: Revue internationale de droit compare 1963, S. 299ff.
ENNECCERUS, Ludwig LEHMANN, Heinrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Bd. II, Tübingen 1958.

ERMAN, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Münster 1967.
ESSER, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts, Karlsruhe 1960.
EUROPÄISCHE WIRTSCHAFTS-GEMEINSCHAFT, KOMMISSION	1. und 2. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft (1. Januar 1958 bis 17. September 1958 und 18. September 1958 bis 20. März 1959), auszugsweise veröffentlicht in: WuW 1959, S. 50 und S.654 ff
EUROPÄISCHE WIRTSCHAFTS-GEMEINSCHAFT, KOMMISSION	Memorandum zum Aktionsprogramm der Gemeinschaft für die zweite Stufe vom 24.10. 1962 (zit.: Memorandum zum Aktionsprogramm).
FIKENTSCHER, Wolfgang	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München, Berlin 1958.
	Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB. in: WuW 1961, S. 788 ff.
	Lehrbuch des Schuldrechts, Berlin 1965.
FORSTHOFF, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, München und Berlin 1961.
FRIAUF, Karl-Heinrich	Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. in: JuS 1962, S. 422.
FROWEIN, Jochen	Zum Verhältnis zwischen dem EWG-Recht und nationalem Recht aus der Sicht des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften. in: AWD BB 1964, S. 233 ff.

FUCHS, Dieter	Kartellrecht und Einzelvertrag, FIW-Schriftenreihe, Heft 11, Köln 1963.
v. GAMM, Otto-Friedrich	Das Kartellrecht im EWG-Bereich. in: Kartellrundschau Heft 3, Köln, Berlin, München, Bonn 1961.
GLEISS, Alfred HIRSCH, Ernst	Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Heidelberg 1965.
GRIESBACH, Bernhard	Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. in: BB 1962, S. 1011 ff.
v.d. GROEBEN, Hans	Wettbwerbspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. in: WuW 1961, S. 373 ff.
	Wettbewerb im Gemeinsamen Markt. in: Europa-Archiv, Beiträge und Berichte 16. Jhg. Folge 22, 1961.
	Das Kartellrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Lichte zweieinhalbjähriger Erfahrungen. in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 47 ff.
	Die Aufgabe der Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt und in der atlantischen Partnerschaft. in: WuW 1964, S. 1001 ff.
v.d. GROEBEN, Hans, v. BOECKH, Hans	Kommentar zum EWG-Vertrag Bd. I und Bd. II, Baden-Baden, Bonn, Frankfurt a.M. 1958,1960.

GRUPP, Rudolf

Der Einfluß des Artikels 85 EWG-Vertrag und der Verordnung Nr. 17 auf die Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, Dissertation Tübingen 1965.

GÜNTHER, Eberhard

Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.
in: WuW 1957, S. 275 ff.

Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
in: BB 1957, S. 721 ff.

Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum.
in: WuW 1958, S. 379 ff.

Zum Wettbewerbsbegriff in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
in: MA 1959, S. 269 ff.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der deutschen Wirtschaftspolitik.
in: WuW 1960, S. 747 ff.

Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft.
in: WuW 1964, S. 111 ff.

Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung.
Baden-Baden 1968.

GUTZWILLER, Max

Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze.
in: Elemente der Rechtsidee. Ausgewählte Aufsätze und Reden, Basel, Stuttgart 1964, S.149 ff

HABERLE, Peter

Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, Freiburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Karlsruhe 1962.

HAYOIT de TERMICOURT, R. — Le conflit "Traité-Loi interne". in: Journal des Tribunaux, 1963, S. 481 ff.

HEFERMEHL, Wolfgang — Beurteilung von Fusionen und Konzernbildungen nach Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages. in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, München, Berlin 1965, S. 771 ff.

HILDEBRANDT, Bernd — Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Eine Untersuchung zu Art. 85 EWG-Vertrag, Dissertation Heidelberg 1965.

v. HIPPEL, Robert — Deutsches Strafrecht, Bd. I, Berlin 1923.

IPSEN, Hans Peter — Haager Kongreß für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts. in: NJW 1964, S. 339 ff.

JOHANNES, Hartmut — Zur Entscheidung des Bundesgerichts über den Begriff des "Marktes für bestimmte Waren oder Leistungen". in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1967, S. 397 ff.

KAUFMANN, Heinz
RAUTMANN, Hans-Günther
v. HAHN, Helmut
HOFFMANN, Dietrich
KREIFELS, Max
FRÜHAUF, Martin
LEHMANN, Jürgen
ERLINGHAGEN, Peter — Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Loseblattkommentar) Köln 1958 (zit.: Frankfurter Kommentar).

KAUL, Bernhard — Rechtsfolgen der rechtzeitigen Anmeldung von Altkartellen im EWG-Kartellrecht. in: AWD BB 1963, S. 102 ff.

KIRSCHSTEIN, Friedrich — Die ersten Kartellrechtlichen Entscheidungen der EWG-Kommission.
in: WRP 1965, S. 77 ff.

Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen nach EWG-Kartellrecht.
in: WuW 1966, S. 777 ff.

KLEEMANN, Gerd — Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baden-Baden 1962.

KNÖPFLE, Robert — Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB.
in: WuW 1962, S. 59 ff.

Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB.
in: NJW 1967, S. 697 ff.

KOCH, Eckart — Schadensersatz bei unerlaubten wettbewerbsbeschränkenden Handlungen nach deutschem und europäischem Recht.
Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968
(zit.: Schadensersatz).

KOCH, Norbert — Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB.
in: BB 1959, S. 241 ff.

KOENIGS, Folkmar — Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unerlaubten Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln.
in: GRUR 1958, S. 589.

Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs.
NJW 1961, S. 1041 ff.

KOENIGS, Folkmar — Anmerkung zur Entscheidung des EuGH Rs 32/65. in: Europarecht 1966, S.343 ff.

Möglichkeiten und Grenzen der Kooperation in der Forschung nach Art. 85 und nationalem Kartellrecht. (Bericht vor dem internationalen Forum über "EWG-Kartellrecht" vom 17. bis 19.April 1967) auszugsweise abgedruckt in: Europarecht 1967, S. 376 ff

KRAMER, Hans-R. — Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft - Dokumente, Frankfurt a.M., Berlin 1965.

KRONSTEIN, Heinrich — Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages und des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe 1961, Bd. I, S. 111 ff.

KRÜGER, Herbert — Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964.

KÜCHENHOFF, Dietrich — Grundrechte und europäisches Staatengemeinschaftsrecht, in: DÖV 1963, S. 161 ff.

LAGRANGE, Maurice — Die Rechtsnatur der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: ZHR 1962, S. 88 ff.

LANGEN, Eugen — Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Artikel 86 des EWG-Vertrages, Baden-Baden, Bonn 1959.

LARENZ, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960
LENEL, Otto	Zum Begriff der unerlaubten Handlung im Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 823 der BGB). in:DJZ 1897, S. 409 ff.
LEO, Hans-Christoph	Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB. in:WuW 1959, S. 485 ff.
LINCKELMANN, Karl	Die Bedeutung gesetzlicher Zwangspflichten für das Schadensersatzrecht. in: Arch. f. Bürg.R. 1897, S. 79 ff.
LUKES, Rudolf	Der Kartellvertrag, das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, München, Berlin 1960.
LUTZ, Hans BASSON, Claus-Peter	Re-Importverbot und EWG-Vertrag. in:NJW 1961, S. 385 ff.
MAILÄNDER, Peter	Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Karlsruhe 1964. Alleinvertriebsverträge und EWG-Kartellrecht. in: BB 1966, S. 834 ff.
MATERNE, Jean	Quelques réflexions sur la première décision de la Commission de la CEE en matière d'ententes. in: RMC 1965, S. 79 ff.
MAUNZ, Theodor DÜRIG, Günter	Kommentar zum Grundgesetz (Loseblattkommentar), München, Berlin 1964.

MAURACH, Reinhart	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1965.
MERZ, Hans	Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit. in: WuR 1966, S. 1 ff.
MEZGER, Edmund BLEI, Hermann	Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, München 1967.
MOSLER, Hermann	Internationale Organisation und Staatsverfassung. in: Festschrift für Hans Wehberg, Frankfurt a.M. 1956, S. 273 ff.
MUCH, Walter	Die Amtshaftung im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Frankfurt a.M. 1952.
	Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung im deutschen Recht bei Verstößen von Unternehmen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, Vortrag gehalten beim deuxième colloque internationale de droit Européen im Oktober 1963 in La Haye, abgedruckt Zwolle 1966, S. 351. (zit.: Deuxième colloque international de droit Européen).
MÜLLER, Heinz GRIES, Gerhard GIESSLER, Peter	Kommentar zum GWB (Loseblatt-Kommentar), Frankfurt a.M. 1967.
MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram	Ehe und Recht, Tübingen 1962.

MÜLLER-HENNEBERG, Hans
SCHWARTZ, Gustav
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht-Gemeinschaftskommentar-, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1963.

MÜNCH, Fritz
Die Abgrenzung des Rechtsbereichs der supranationalen Gemeinschaft gegenüber dem innerstaatlichen Recht, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 2, 1958, S. 73 ff.

NIPPERDEY, Hans Carl
Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik. in: WuW 1954, S. 211 ff.

OPHÜLS, Carl Friedrich
Quellen und Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrechts. in: NJW 1963, S. 1697 ff.

PALANDT
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, Berlin 1966.

PESCATORE, Pierre
La notion du marché commun dans les traités instituant l'union économique belgo-luxembourgeoise, Le Benelux et les Communautés européennes in: En Hommage à Victor Gothot, Faculté de droit de Liège 1962, S. 497 ff.

PINDER, Wolfgang
Grundsatzfragen des neuen Bundesrechts für Exportkartelle. in: WuW 1958, S. 570 ff.

PLAISANT, Robert
LASSIER, Jacques
Ententes et Marché Commun Paris 1959.

PLAISANT, Robert, FRANCESCHELLI, R. LASSIER, Jacques — Droit européen de la concurrence Articles 85 à 89 du Traité CEE, Paris 1966.

PRASCH, Gerhard — Die unmittelbare Wirkung des EWG-Vertrages auf die Wirtschaftsunternehmen. Baden-Baden, 1967.

QUADRI, Rolando MONACO, Riccardo TRABUCCHI, Alberto — Trattato istitutivo della Communita Economica Europea, Commentario, Vol. I u. II, Milano 1965.

RABE, Hans-Jürgen — Berichte aus der wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht. in: NJW 1964, S. 1608 ff.

RAISER, Ludwig — Vertragsfreiheit heute in: JZ 1958, S. 1 ff.

Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht. in: Summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.

RASCH, Harold WESTRICK, Klaus — Wettbewerbsbeschränkungen Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, Herne, Berlin 1966.

REHBINDER, Eckard — Exterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts. Baden-Baden 1965.

REICHSGERICHTSRÄTE KOMMENTAR — Großkommentar der Praxis zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Teil 2, Berlin 1960.

RIEGEL, Ernst — Anwendung der Kartellverbote des EWG-Vertrages durch Entscheidungen der Kommission nach Artikel 2 und 3 der Verordnung Nr. 17, Diss. Frankfurt a.M. 1966.

RINCK, Gerd — Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen, in: Festschrift zum 150-jährigen Bestehen der Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München 1966, S. 361 ff.

SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen — Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. in: Archiv für Völkerrecht 1963, S. 1 ff.

SCHLUEP, Walter R. — Der Alleinvertriebsvertrag, Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966.

SCHÜRMANN, Leo — Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zürich 1964.

SCHUMACHER, Herrmann — La politique de la CEE en matière d'ententes. in: RMC 1959, S. 207 ff.

SCHWARTZ, Ivo E. — Deutsches internationales Kartellrecht. Der Anwendungsbereich des GWB unter vergleichender Heranziehung des amerikanischen Antiturstrechts, Köln 1962.

Das Verhältnis des einzelstaatlichen zum Bundes-Antitrustrecht. in: ZHR 1962, S. 154 ff.

SCHWARTZ, Ivo E. — Die Konzeption der Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. in: Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt a. M. 1966, S. 474 ff.

SÖLTER, Arno — Die Annahmevorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag. in: WuW 1961, S. 665 ff.

Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt. in: Kartellrundschau, Heft 4, Köln, Berlin, München, Bonn 1962.

SPENGLER, Albrecht — Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Gutachten zu den Artikeln 85 ff des Vertrages der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bergisch-Gladbach 1957. (zit.: Rechtsgutachten)

Abgrenzung zwischen dem GWB und den "Vorschriften für Unternehmer" im EWG-Vertrag. in: WuW 1958, S. 73 ff und 461 ff.

v. STAUDINGER, J. — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1929

Kommentar zum Einführungsgesetz des BGB, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1929.

STECKHAN, Rainer — Kartelle und zwischenstaatlicher Handel. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 85 des EWG-Vertrages im Lichte der Rechtsprechung zur Handelsklausel der amerikanischen Bundesverfassung, Stuttgart, Brüssel 1967.

STEINDORFF, Ernst

Das Verbot der Wettbewerbsbeschränkungen in der Anfangszeit der EWG.
in: BB 1958, S. 89 ff.

Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt a. M. 1959.

Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaften und das nationale Recht.
in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Karlsruhe 1961, Bd. I, S. 157.

Zum Begriff des Gemeinsamen Markts.
in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. I (1960), S. 480 ff.

Vertikale Preisbindung im Gemeinsamen Markt der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.
in: ZHR 1962, S. 182 ff.

Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1964.

STRICKRODT, Georg

Die Wettbewerbsregeln für den Gemeinsamen Markt.
in: DB 1957, Beilage Nr. 9 zu Heft 26, S. 1 ff.

THIEME, Werner

Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften.
in: VVDStRL Heft 18 (1960) S. 50 ff.

TRAEGER, Ludwig

Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904, Anhang S. 376 ff.

VAN DAMME, Jacques

La mise en oeuvre des articles 85 et 86 du Traité de Rome.
in: CDE 1966, S. 279 ff.

VAN HECKE, Georges
SUETENS, Louis-Paul
Le premier règlement européen sur les cartels et les monopoles.
in: Journal des Tribunaux 1962, S. 361 ff.

VERLOREN VAN THEMAAT, Pieter
Gedanken zur Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt
in: WuW 1963, S. 555 ff.

WEEBERS, A.J.M.
Kartelcontrôle op de Europese Gemeenschappeligke Markt.
in: De Naamlooze Vennootschap 1957, S. 86 ff.

WOHLFAHRT, Ernst
EVERLING, Ulrich
GLAESNER, Hans-Joachim
SPRUNG, Rudolf
Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, Frankfurt.

WOLANY, Josef
Internationale Kartellpolitik
in: Jahn-Junckerstorff, Internationales Handbuch der Kartellpolitik, Berlin 1958, S. 515 ff.

WOLF, Ernst
Zum Kartellrecht der EWG.
in: WuW 1962, S. 645 ff.

WOLFF, Hans J.
Lehrbuch zum Verwaltungsrecht Bd. I, München 1968.

WÜRDINGER, Hans
Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, am 27. November 1953, abgedruckt Karlsruhe 1953.

Exportkartell und EWG.
in: WuW 1960, S. 313 ff.